



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO**

**LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE PROFISSIONAL NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Salvador  
2018

**DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO**

**LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE PROFISSIONAL NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Dórea Martinez Carrero

Salvador  
2018

ROCHA DA SILVA FILHO, DERMEVAL  
LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE PROFISSIONAL NO  
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / DERMEVAL ROCHA DA  
SILVA FILHO. -- SALVADOR, 2018.  
154 f.

Orientador: LUCIANO DÓREA MARTINEZ CARRERO.  
Dissertação (Mestrado - MESTRADO EM DIREITO) --  
Universidade Federal da Bahia, UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA BAHIA, 2018.

1. LIBERDADE PROFISSIONAL. 2. LIMITES E RESTRIÇÕES.  
3. CONSTITUCIONALIDADE. I. DÓREA MARTINEZ CARRERO,  
LUCIANO. II. Título.

**DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO**

**LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE PROFISSIONAL NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

**Luciano Dórea Martinez Carrero**

Doutor (Universidade de São Paulo)

Universidade Federal da Bahia

---

**Maria Elisa Villas-Bôas**

Doutora (Universidade Federal da Bahia)

Universidade Federal da Bahia

---

**Vanessa Vieira Pessanha**

Doutora (Universidade Federal da Bahia)

Universidade do Estado da Bahia

Salvador, Bahia \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018.

Aos meus pais,  
Ao vovô Rufino e vovó Alice (*in memoriam*)  
Aos meus professores de Lajedinho e de Wagner  
Às tias Amélia e Irandi  
A Moura e Dulce  
À tia Maria e Celino, este *in memoriam*  
A Dodô  
A Dinga  
A Antoniel  
A Antônio Chavaglia  
A Tarcísio  
A minha Lajedinho, que resurge  
altaneiramente das chuvas que quase a destruíram. Ontem meu mundo, hoje,  
inspiração para viver em um mundo cada vez menos meu.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em quem nascemos, nos movemos e existimos, enfim, o autor e mantenedor da vida, sem o qual o sonho do mestrado em direito na Universidade Federal da Bahia não seria realidade. Agradeço a minha terna família, em especial minha mãe Hilma Carvalho da Silva, meu pai de quem herdei muito mais do que o nome (*in memoriam*), meus irmãos queridos, minha amada esposa Sheila, os nossos filhos Daniel e Samuel, a quem dedico este trabalho. Minha gratidão também ao querido e disputado Prof. Dr. Luciano Martinez, pelos exemplos de leveza, serenidade e sabedoria reconhecidos por todos os seus orientandos.

Não poderia deixar de expressar gratidão também à Prof<sup>a</sup>. Dra. Maria Elisa Villas-Bôas, que muito me ajudou nas aulas de Direito Constitucional, quando da Atividade Tirocínio Orientado, na graduação da UFBA, um exemplo de dedicação ao magistério e de amor correspondido pelos alunos.

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.

E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece.

Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal;

Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade;

Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.

O amor nunca falha”

1 Coríntios 13:1-8

## RESUMO

O presente estudo ora entregue à sociedade abordará importantes questões relacionadas aos limites e restrições à liberdade profissional no âmbito da Administração Pública, tema, pelo que já se viu, de pouca pesquisa na academia e raso tratamento doutrinário em solo pátrio, e que por certo interessará àqueles que, direta ou indiretamente, estão envolvidos com o serviço público. A liberdade profissional goza de um histórico de proteção constitucional no país, a começar pela Carta imperial de 1824, constituindo direito fundamental atualmente previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988. O escopo dessa pesquisa é investigar o alcance dessa liberdade, sua eficácia, seu âmbito de proteção sujeito a limites, restrições e conformações não só com base no inciso XIII aludido, que se apresentaria como regra e princípio ao mesmo tempo, mas também com fundamento em outras situações que, à luz da Constituição, serviriam como janelas para ensejar interferências no direito em apreço. Nessa perspectiva, e como fechamento do contributo do trabalho para a proteção desse direito fundamental, serão objeto de investigação alguns parâmetros propostos para aferir a constitucionalidade das afetações impostas pelo Poder Público.

**Palavras-chave:** Liberdade profissional. Limites e Restrições. Constitucionalidade.



## **ABSTRACT**

This study, which has been presented to our society, will cover important questions concerning the limits and restrictions on professional freedom in the Public Administration, theme that there has been little researched in the academy and dealt with narrow doctrinal treatment throughout the country background. The study will certainly be interesting for those who are directly or indirectly involved in public service. The professional freedom has a history of legal constitutional protection in the country, beginning with the 1824 Imperial Letter, composing a fundamental right currently provided by in Article 5, Item XIII, from the 1988 Federal Constitution. The scope of this research aims to investigate the reach of this freedom, its effectiveness, its range of protection under limits, restrictions and conformations not only based on the Item XIII aforementioned, that presents itself both and simultaneously as a rule and a principle. In addition, it will appear grounded on other situations that, by the interpretation of the Constitution, would serve as windows to allow interference in the social right in question. In this perspective, and as closure of the study's contribution to the protection of this fundamental right, some proposed parameters to assess the constitutionality of the stains imposed by the Public Power will be used as investigational objects.

**Keywords:** Professional freedom. Limits and Restrictions. Constitutionality.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
§§	Parágrafos
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
art.	Artigo
arts.	Artigos
c/c	Combinado com
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CC	Código Civil
Cf.	Conforme
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CONFEA	Conselho Federal de Engenharia e Agronomia
EC	Emenda Constitucional
Min.	Ministro (a)
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p. ex.	por exemplo
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
ROMS	Recurso ordinário em mandado de segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
v.	Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>13</b>
<b>1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS E DOGMÁTICA DA LIBERDADE PROFISSIONAL</b>	<b>18</b>
1.1 REGIME DE TRABALHO DOS AGENTES PÚBLICOS: CELETISTA E ESTATUTÁRIO	18
<b>1.1.1 Celetista</b>	<b>19</b>
<b>1.1.2 Estatutário</b>	<b>21</b>
1.2 A LIBERDADE PROFISSIONAL NO PAÍS. BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS	23
1.3 A EFICÁCIA DAS NORMAS QUE TRATAM DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PROFISSIONAL	25
1.4 ALCANCE DO TERMO “QUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS” QUE A LEI ESTABELECE	26
1.5 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE PROFISSIONAL	31
1.6 A LIBERDADE PROFISSIONAL PREVISTA NO ART. 5º, XIII, COMO REGRA E PRINCÍPIO	34
1.7 TEORIA EXTERNA	40
1.8 TEORIA INTERNA	40
1.9 LIMITES IMANENTES	41
1.10 DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES	42
<b>2 JANELAS PARA A INTERFERÊNCIA NA LIBERDADE PROFISSIONAL</b>	<b>47</b>
2.1 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO	47
<b>2.1.1 A liberdade profissional dos agentes públicos</b>	<b>51</b>
<b>2.1.2 Da imputação dos atos dos agentes ao Poder Público</b>	<b>52</b>
<b>2.1.3 Supremacia do Interesse Público sobre o privado</b>	<b>54</b>
<b>2.1.4 A discricionariedade administrativa</b>	<b>56</b>
<b>2.1.5 O paradigma da juridicidade</b>	<b>59</b>
<b>2.1.6 Restrições com base na lei ou diretamente com base na Constituição</b>	<b>63</b>

2.2 RENÚNCIA À LIBERDADE PROFISSIONAL PELOS AGENTES PÚBLICOS	66
<b>2.2.1 Uma palavra sobre a ideia de contratualização da função pública</b>	<b>66</b>
<b>2.2.2 Posição Jurídica</b>	<b>69</b>
<b>2.2.3 Renúncia e Restrições Heterônomas a direitos fundamentais</b>	<b>71</b>
<i>2.2.3.1 Renúncia</i>	<i>71</i>
<i>2.2.3.2 Restrições heterônomas</i>	<i>75</i>
<i>2.2.3.3 Distinção entre renúncia e restrições heterônomas</i>	<i>77</i>
2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	79
<b>2.3.1 Limites e restrições à liberdade profissional e dignidade da pessoa humana</b>	<b>80</b>
2.4 DIREITOS DE PERSONALIDADE	86
<b>2.4.1 Limites e restrições à liberdade profissional e direitos de personalidade</b>	<b>86</b>
<b>3 PARÂMETROS DE CONTROLE DOS LIMITES E RESTRIÇÕES</b>	<b>91</b>
3.1 OBEDIÊNCIA AO ART. 5º, XIII, C/C OS ARTS. 22, XVI E 48 DA CF	91
3.2 EXCEPCIONALIDADE DAS AFETAÇÕES	94
3.3 PROIBIÇÃO DE AFRONTA AO NÚCLEO ESSENCIAL	101
3.4 IGUALDADE	102
<b>3.4.1 Breves considerações sobre o princípio da igualdade</b>	<b>103</b>
<b>3.4.2 Restrições profissionais gerais</b>	<b>107</b>
<b>3.4.3 Restrições profissionais específicas</b>	<b>115</b>
3.5 PROPORCIONALIDADE	121
<b>3.5.1 Adequação</b>	<b>126</b>
<b>3.5.2 Necessidade</b>	<b>129</b>
<b>3.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito</b>	<b>130</b>
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>140</b>

## INTRODUÇÃO

No art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, o constituinte prevê o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

O direito à liberdade profissional não teve seu reconhecimento e tutela por acaso no constitucionalismo pátrio, sendo produto de aspirações sociais historicamente amadurecidas contra as amarras impostas pelas corporações de ofício, as quais desde a Idade Média monopolizavam o acesso e o amplo exercício dos cidadãos ao mercado de trabalho. Estamos, portanto, diante de um direito fundamental com reflexos importantes nas relações sociais laborais.

Entretanto, como se vê no inciso citado, o direito fundamental à liberdade profissional, em que pese relevante e de aplicação imediata, pode sofrer algumas contenções e abrandamentos no bojo das relações sociais do trabalho, em especial com relação aos agentes públicos, escopo desta dissertação, daí a importância de estudarmos os parâmetros para aferição da validade ou constitucionalidade dessas restrições no serviço público. Esse estudo é o objeto de nossa empreitada, sede em que tentaremos espancar as respectivas dúvidas que felizmente são mais criadoras que paralisadoras, estimulados que estamos por sua investigação<sup>1</sup>.

De acordo com o relator do Acórdão exarado no RE 511.961/SP (DJE 13.11.2009), Min. Gilmar Mendes, “o Supremo Tribunal Federal entende que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais.”<sup>2</sup>

Logo, a julgar por essa afirmação, pareceria evidente que o legislador de fato não pode ir além da autorização que lhe conferiu o constituinte, trazendo à existência norma restritiva ao argumento de cumprir a Constituição, muito ao largo de trazer regulação em torno de qualificação profissional.

---

<sup>1</sup>“*Pero en la ciencia la duda es mucho más creadora que paralizadora: la duda estimula la investigación [...]*” BUNGE, Mário. **La investigación científica**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A, 1989, p. 21.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Por esse ângulo, vê-se que o legislador ordinário não poderia ir além do que lhe foi confiado pelo inciso XIII estudado, fazendo um recorte desautorizado no alcance da liberdade profissional prevista pelo Constituinte.

E não seria exagero pensar dessa forma. Isso porque a regra é o livre exercício de qualquer ofício ou profissão – e a Constituição não é neutra, revelando suas opções através de princípios –, sendo o princípio da liberdade profissional elevado à categoria de direito fundamental, é certo que a Administração Pública e o legislador estão vinculados a esse propósito ali exteriorizado, dele não podendo fugir<sup>3</sup>.

Ademais, no mesmo tribunal referido, o Min. Luiz Fux, em voto proferido no RE 603.583/RS (DJ 12.12.2011), assim posicionou-se: “a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal, e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto.”<sup>4</sup>

Pareceria impensável, portanto, cogitar de leis regulamentadoras da liberdade profissional que fujam desses parâmetros. Mas fogem.

E fogem com certa frequência no serviço público, daí porque importante a análise da adequação constitucional das restrições legais ao referido princípio que escapem ao campo das qualificações profissionais.

Para além do exame das leis restritivas, essa análise da validade pode, inclusive, ser feita diretamente em face da Constituição, hipótese em que poderemos aferir se um determinado ato administrativo – independentemente de qualquer legislação mediadora – ofende ou não o Texto Maior.

Para esse trabalho, lançar-se-á mão do método hipotético-dedutivo, objetivando colmatar as lacunas do problema em investigação, ciente de que o conhecimento existente acerca do assunto parece até aqui insatisfatório.

Nessa perspectiva, a classificação metodológica desta dissertação pode ser considerada bibliográfica, já que foi a maneira utilizada para obtenção dos dados necessários ao estudo proposto. Isto é, o procedimento técnico manejado neste trabalho foi norteado pela análise e leitura de textos especializados, a começar por

---

<sup>3</sup>BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Renovar. 2004, p. 70-146.

<sup>4</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603.583**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2011. DJ 25.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

uma coletânea das principais obras e artigos científicos escritos no país, além de pesquisas realizadas via coleta de jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, recursos que atendem às demandas desta dissertação.

Vê-se assim que a investigação, com a qual se propõe alcançar uma outra ótica sobre o tema em apreço, é de cunho eminentemente exploratório, em que pese tangencie também os tipos descritivo e explicativo dos fenômenos observados.

Sobre um rumo para encontrarmos parâmetros de controle de validade ou constitucionalidade dos atos administrativos e das leis restritivas à liberdade profissional no serviço público, alguns caminhos surgem, a partir das seguintes reflexões, a saber:

Na parte introdutória da dissertação, enfocaremos as características básicas do trabalho, destacando o problema, as hipóteses e as metodologias a serem manejadas em sua elaboração.

No primeiro capítulo, para fins de delimitar a área da pesquisa aos profissionais do Estado, realizamos uma breve revisão da literatura trazendo os conceitos básicos acerca do regime de trabalho dos agentes públicos, sua classificação e respectivo regime jurídico. Um breve histórico acerca da liberdade profissional no país foi elaborado, tratando da eficácia das normas relacionadas a esse direito fundamental.

Ainda nesse espaço, trazemos algumas palavras acerca da estrutura dogmática da Liberdade Profissional e de seu âmbito de proteção, versando igualmente sobre a Liberdade Profissional insculpida no art. 5º, XIII, da CF/88, como regra e princípio, realçando, em resumidas palavras, o ponto de vista das teorias interna, externa e dos limites imanentes. O regime jurídico dos limites e restrições aos direitos fundamentais tem uma breve abordagem, com destaque para a distinção entre restrições e conformações.

No segundo capítulo, estudamos algumas janelas para interferências na liberdade profissional, a começar pelo instituto<sup>5</sup> relações especiais de sujeição e seus

---

<sup>5</sup>Com referência expressa ao instituto na jurisprudência, cf. os seguintes exemplares:  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 2004.0179060-8**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 04.02.2010. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=200401790608&processo=2004%2F0179060-8+ou+200401790608&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2.>>. Acesso em: 16 jun. 2018.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRHC 2013.0305973-4**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 27.06.2014. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303059734&processo=2013%2F0305973->

desdobramentos<sup>6</sup>, pesquisando como e em que situações a liberdade profissional prevista no art. 5º, inciso XIII, da CF pode sofrer intervenções pelo legislador e principalmente pela Administração Pública.

Nessa parte, iniciamos explorando os aspectos históricos das relações especiais de sujeição e seu perfil na doutrina e na Constituição brasileira, demonstrando a razão de ser dessa categoria atualmente. Na sequência, abordamos a liberdade profissional dos agentes públicos, e para aferir como e em que situações ela pode ser afetada, fizemos uma análise sobre a imputação dos atos dos agentes ao Poder Público, a supremacia do interesse público sobre o privado, também sobre a discricionariedade administrativa, o paradigma da juridicidade, tratando das restrições com base na lei ou diretamente com base na Constituição.

Desse modo, analisamos se de fato há espaço para renúncia a tais direitos, renúncia aqui compreendida como espécie de autorrestrição.

Assim, estudamos também a possibilidade e os limites dos servidores públicos renunciarem a posições jurídicas em torno da liberdade profissional, abordando aspectos da dignidade da pessoa humana e de seus direitos de personalidade.

Nessa perspectiva, trazemos breves palavras sobre contratualização da função pública, fazendo, ainda, algumas considerações acerca da renúncia e das restrições heterônomas a direitos fundamentais, enfocando na sequência a diferença básica entre renúncia e restrições heterônomas, anotando a sua influência para os rumos do presente trabalho. Por fim, tratamos do conceito de posição jurídica à luz da doutrina de Robert Alexy, pesquisando o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade, ambos como norte para os limites e restrições à liberdade profissional.

---

4+ou+201303059734&&tipo\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>6</sup>Comumente a jurisprudência se utiliza de outras expressões para justificar tratamento agravado ou diferenciado de pessoas insertas nessas situações. Cf.:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 11587/SC**. Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03.11.2004, p. 206. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=11587&processo=11587&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.814**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994. DJ 24.06.1994. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso: em 16 jun. 2018.



Por derradeiro, o destaque recai sobre os parâmetros de controle dos limites e restrições, a saber: obediência ao art. 5º, XIII, c/c os arts. 22, XVI e 48, da CF, excepcionalidade das afetações, proibição de afronta ao núcleo essencial, além de fazermos o exame dos limites e restrições à luz da igualdade e da métrica da proporcionalidade e seus subcritérios para conferir racionalidade ao controle das intervenções.

## 1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS E DOGMÁTICA DA LIBERDADE PROFISSIONAL

Neste capítulo, objetivando contextualizar o campo da pesquisa aos agentes públicos, trabalharemos as noções básicas acerca do regime jurídico desses profissionais do Estado, trazendo, ainda, uma breve revisão da literatura sobre questões importantes relacionadas à dogmática da liberdade profissional.

### 1.1 REGIME DE TRABALHO DOS AGENTES PÚBLICOS: CELETISTA E ESTATUTÁRIO

O Estado, enquanto sociedade juridicamente organizada para o fim coletivo, exerce as suas funções por via de indivíduos que a ele emprestam a sua força de trabalho mediante vínculo empregatício, que é o caso dos servidores públicos civis e os militares, existindo também, em um sentido mais amplo, os agentes públicos, os quais são assim denominados porque, em situação de permanência ou transitoriedade, dão voz<sup>7</sup> e expressão à pessoa jurídica pública, em que pesem não tenham todos necessariamente vínculo empregatício com ela.

De qualquer sorte, é certo que desde agentes administrativos a agentes políticos<sup>8</sup> ou mesmo passando pelo antigo conceito aberto de funcionário público previsto no art. 327, do Código Penal<sup>9</sup>, os vocábulos utilizados para designar os indivíduos que mantêm vinculação de trabalho com os entes estatais são reconhecidamente nebulosos<sup>10</sup>, não permitindo uma terminologia uniforme.

---

<sup>7</sup>“Agente Público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Fórum. 8. ed. Belo Horizonte, 2012, p. 817.

<sup>8</sup> Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, considera-se “agente político a pessoa física que, titularizando cargo político, desempenha função estatal política primária, constitucionalmente configurada, normalmente de natureza governamental ou político-judicial, segundo estatuto jurídico institucional formulado no sistema jurídico fundamental.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63-64.

<sup>9</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>10</sup>MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 320.

No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>11</sup>, a expressão Agente Público “é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”, caminhando na mesma linha, a Prof<sup>a</sup>. Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>12</sup>, ao afirmar que “agente público é a pessoa física que, vinculando-se juridicamente a uma pessoa pública, dispõe de competência legalmente estabelecida para o desempenho de função estatal em caráter permanente ou transitório.”

Para a última autora citada, não se compreende nessa expressão “agentes públicos” as pessoas que, embora atuem em regime de colaboração com a Administração Pública, são apenas pessoas físicas no exercício ou a serviço de pessoas jurídicas públicas, como previu, por exemplo, o constituinte, no art. 5º, inciso LXIX<sup>13</sup>, deixando claramente de fora os particulares<sup>14</sup> que, de alguma forma, colaboram **com**, mas não atuam **como Estado**, não perdendo em nenhum momento aquela condição.

### 1.1.1 Celetista

São os empregados que dedicam sua força de trabalho ao Estado (Administração Indireta) mediante contrato firmado com base na Consolidação das

---

<sup>11</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

<sup>12</sup>ROCHA, op. cit., p. 59.

<sup>13</sup>Art. 5º, LXIX, da CF/88 – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>14</sup>Segundo o Prof. Israel Nunes Silva, não se pode confundir “Agente Público com toda e qualquer pessoa física contratada pelo Estado. Imagine-se, por exemplo, que um técnico em informática é contratado por determinado órgão da administração pública, mediante regular processo licitatório, para realizar manutenção em equipamentos de informática pertencentes ao referido órgão. No exemplo citado, o técnico em informática não se torna um Agente Público apenas pelo fato de prestar serviços ao Estado.” SILVA, Israel Nunes. **Os servidores públicos na Constituição**. Aspectos Doutrinários, Legislativos e Jurisprudenciais. Editora Nelpa. São Paulo, 2009, p. 14.

Leis do Trabalho (CLT<sup>15</sup>) e legislação trabalhista correlata, apesar de recrutados também por concurso público e guardarem algumas outras afinidades<sup>16</sup> com o regime jurídico dos servidores públicos estatutários.

Os chamados celetistas (que podem ser considerados empregados privados<sup>17</sup>) têm seu lugar preservado nas empresas públicas e sociedades de economia mista, a eles não se aplicando a celeuma ocorrida com a extinção do regime jurídico único pela EC 19/1998, que previu uma forma inaugural de contratação diversificada apenas para a administração direta, autárquica e fundacional. É que a redação do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, que impunha expressamente o regime jurídico único, foi alterada pela emenda citada, passando a dispor que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

Assim, hodiernamente temos empregados celetistas nas empresas públicas e sociedades de economia mista, como sempre houve, mas também temos excepcionalmente empregados celetistas na Administração direta, autárquica e fundacional, estes alocados ao serviço público enquanto durou a aludida emenda constitucional que assim o permitia.

Após apreciação do pedido de liminar na ADI 2.135-4, julgado de 02.08.2007<sup>18</sup>, o Supremo Tribunal Federal cautelarmente suspendeu a possibilidade da convivência de regimes jurídicos diversos no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional (que era a previsão da EC nº 19/1998), reavendo o chamado regime

---

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>16</sup>“é preciso esclarecer, todavia, que, não obstante sujeitos a regimes jurídicos diversos, os servidores públicos estatutários e os servidores públicos celetistas submetem-se a regras e princípios constitucionais comuns, como a obrigatoriedade de concurso público para a investidura dos respectivos cargos e empregos públicos (art. 37, II), o teto remuneratório (art. 37, XI), a proibição de acumulação remunerada (art. 37, XVI), entre outros.” CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 263.

<sup>17</sup>Segundo Marçal Justen Filho, op. cit., p. 828, a expressão empregado público cabe apenas às pessoas integrantes da administração direta, autárquica e fundacional, sendo empregados privados aqueles que servem às empresas estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.134-4**. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/08/2008. DJE 07/03/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

jurídico único. A liminar tem eficácia *ex nunc*, significando concluir pela obrigatoriedade, a partir de então, da União, Estados, Distrito Federal e os Municípios observarem a redação original do art. 39 da Constituição.

Com essa cautelar da Suprema Corte, que não tem eficácia retroativa, temos ainda hoje a coexistência, na área federal, por exemplo, de dois regimes legais no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional: os servidores estatutários (regidos pela Lei 8.112/1990), de um lado, e os empregados públicos (regidos pela CLT), de outro, estes em menor número e remanescentes de contratações havidas com base na Lei nº 9.962/2000<sup>19</sup>, que regulamentou a EC 19/1998 para a União, a qual teve seus efeitos preservados até a publicação da cautelar referida.

À vista desse novo quadro, e ao analisar as consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal em apreço, que restaurou o regime jurídico único, alerta o Prof. Dirley da Cunha Júnior<sup>20</sup> que “o regime jurídico único destarte, consentâneo com a Constituição, é o regime estatutário [não o celetista], que deve ser aplicado a todos os servidores públicos, em cada entidade estatal, no âmbito de sua competência.”

### 1.1.2 Estatutário

De acordo com Marçal Justen Filho, “os servidores estatutários são aqueles investidos em cargo público, que se caracteriza como uma posição jurídica sujeita a um regime jurídico próprio e diferenciado.”<sup>21</sup>

Esse regime próprio e diferenciado tem sua base expressa na Constituição Federal, tendo o constituinte tratado de forma específica de muitos assuntos envolvendo o estatuto jurídico desses agentes, trazendo desde as regras de ingresso até as de aposentadoria. Os militares têm estatuto próprio, assim como os servidores civis têm o seu. No âmbito da União, o estatuto dos servidores públicos civis está basicamente na Lei nº 8.112/1990, que tem servido de modelo para os demais entes federativos, nada impedindo, porém, que esses últimos estabeleçam, inclusive nas constituições estaduais e respectivas leis orgânicas, legislação específica e distinta para a matéria. O regime legal estatutário significa, em suma, que as regras

---

<sup>19</sup>A Lei nº 9.962/2000 disciplina o regime de emprego público do pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

<sup>20</sup>CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 265.

<sup>21</sup>JUSTEN FILHO, op. cit., p. 849.

disciplinadoras da relação Estado/Servidor devem ser previstas em lei ou nela fundamentadas, as quais são instituídas unilateralmente pelo Estado e em atenção ao interesse coletivo.

Em sua tese de doutoramento em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Florivaldo Dutra de Araújo traz, contudo, importante reflexão sobre a necessidade de fazermos uma releitura da ideia de que esse regime estatutário deve nascer e expirar com a lei, não tendo caráter contratual, de vez que confeccionado sem a participação volitiva do servidor. Segundo Araújo, não parece ter razão a doutrina estatutária da função pública ao buscar apoio exclusivamente no fato dos direitos e obrigações entre o Estado e seus servidores serem impostos por lei. *Verbis*:

O equívoco está, primeiramente, em olvidar que em outros ramos do Direito, tal como no Direito Civil e no Direito do Trabalho, os contratos também se apresentam, total ou parcialmente, regulados em lei. Além disso, tal como acima demonstrado, atos normativos supervenientes podem alterar o regramento contratual posto, com efeitos, até mesmo, para os contratos em curso. Trata-se, do ponto de vista material, do mesmo fenômeno que ocorre como o chamado regime estatutário do servidor público.<sup>22</sup>

Em sua crítica, Araújo lembra, entre outros exemplos analisados na obra referida, que a Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, já ratificada no Brasil em 15 de junho de 2010, prevê a negociação coletiva dos servidores públicos<sup>23</sup>, independentemente do regime legal de contratação pelo Estado, constituindo-se assim um marcador importante, como vem acontecendo em

---

<sup>22</sup>ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26.

<sup>23</sup>Entende Florivaldo ser “necessário que o Direito Administrativo busque articular os seus princípios com a renovação das estruturas do poder público na era do Estado Democrático de Direito, formulando, assim, uma nova dogmática da relação entre os servidores públicos e o estado, de modo a encarar os primeiros como cidadãos que prestam serviços em troca de remuneração, como meio de garantir uma existência digna. Daí decorrerem seus interesses comuns (coletivos), mas que necessitam ser considerados com especificidades que os diferenciam dos demais trabalhadores, não por uma discriminação pessoal a priori, nem decorrente da velha razão de estado, mas oriunda de peculiaridades objetivas relacionadas à natureza das tarefas que são chamados a exercer e da natureza material própria das pessoas estatais. Nesse mister, deverá tomar como base o Direito Constitucional e como subsídio, o Direito do Trabalho, este, por ser o ramo do Direito no qual já foram pensados e sistematizados instrumentos e métodos adequados à solução dos conflitos coletivos de trabalho.” ARAÚJO, op. cit., p. 234.

alguns países da Europa e da América do Sul, de “uma aproximação dos regimes de direito administrativo e de direito do trabalho.”<sup>24</sup>

No Brasil, o autor registra que, em que pese haja uma certa resistência a negociações de conflitos nessa área pública, tem havido negociações informais, nas quais “procedimentos não previstos legalmente têm sido quotidianamente utilizados pela administração [...] para alcançar acordos com as entidades representativas dos servidores públicos, inclusive aqueles que visam pôr fim a movimentos grevistas.”<sup>25</sup>

De toda forma, a posição majoritária de nossa doutrina administrativista é no sentido de que o regime estatutário previsto em lei é o mais harmônico com o funcionamento da Administração Pública e com a supremacia de seus interesses, trabalhando com a possibilidade da fixação e alteração unilateral das condições de trabalho dos servidores públicos, independentemente de sua anuência, negando qualquer caráter contratual dessa relação.

De registrar, à vista do exposto, que a presente pesquisa limitar-se-á a analisar a liberdade profissional na perspectiva dos agentes públicos, a saber, agentes políticos, servidores e empregados públicos, ficando de fora de nossas análises os particulares que, sem subordinação e remuneração pelo erário, prestam o seu labor em regime de transitória colaboração com o Estado.

## 1.2 A LIBERDADE PROFISSIONAL NO PAÍS. BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS

A positivação da liberdade profissional por aqui foi inaugurada na Carta Imperial de 1824<sup>26</sup>, que pioneiramente rompeu com as Corporações de Ofício no país (art. 179, XXIV), garantindo a todos os trabalhadores a liberdade de trabalhar sem o filtro cultivado até então por grupos interessados em manter seus privilégios e sua reserva de mercado.

Essa virada libertária foi tão significativa que, na Constituição de 1891, a segunda Carta promulgada após a extinção das corporações de ofício, inexistia

---

<sup>24</sup>ARAÚJO, op. cit., p. 170.

<sup>25</sup>ARAÚJO, op. cit., p. 235-236.

<sup>26</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 18 jun.2018. Art. 179, XXIV: “Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, à segurança, e saude dos Cidadãos.”

previsão de quaisquer reservas/restrições ao exercício da liberdade profissional, como se pode ver no §24, art. 72, cuja redação previa que “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.”<sup>27</sup>

Alice Monteiro de Barros,<sup>28</sup> ao resumir como funcionava, de forma geral, o mercado de trabalho antes da consolidação da liberdade profissional e sua construção dogmática conhecida em nossos dias, dá-nos, em poucas palavras, uma real noção da importância desse momento histórico:

[...] nas corporações de ofício, constituídas por mestres que, em princípio, obtinham o cargo pelas suas aptidões profissionais ou por terem executado uma obra-prima. Essas exigências foram aos poucos desaparecendo, quando se instalou no seio das corporações uma oligarquia. [...] O mestre não podia recrutar operários de outras corporações, tampouco lançá-las ao descrédito. Na Inglaterra, as corporações monopolizavam a profissão tanto na indústria como no comércio, pois quem não pertencesse a uma corporação não poderia exercer as atividades no perímetro urbano. Essa tendência monopolizadora agrava-se em face dos limites impostos ao número de aprendizes, do alongamento da duração do aprendizado e da vedação do trabalho do artesão estrangeiro.

E a atual Constituição Federal, observando a tradição iniciada com a Carta Política de 1824, art. 179, XXIV, (seguindo-se com a CF/1891, art. 72, §24; CF/1934, art. 113, n. 13; CF/1937, art. 122, n. 8; CF/1946, art. 141. §14; CF/1967, art. 150, §23; CF/1969, art. 150, §23), prevê que “é livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”<sup>29</sup>

Trata-se do inciso XIII, um dos 77 incisos que compõem o catálogo de direitos fundamentais arrolados no art. 5º.

Estamos, portanto, diante de um direito individual e/ou coletivo com um histórico importante no nosso constitucionalismo – todas as Constituições o tutelaram –, gozando, à vista de sua eficácia, de reflexos diretos ou imediatos nas relações sociais laborais.

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

<sup>28</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, p. 48, 2013.

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 18 jun.2018.



### 1.3 A EFICÁCIA DAS NORMAS QUE TRATAM DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PROFISSIONAL

O art. 5º, inciso XIII, da CF apresenta uma norma de eficácias negativa e positiva. Em sua projeção negativa, ela se exterioriza como tutela de um direito de liberdade, demandando um certo grau de abstenção do Estado para sua efetivação. Com respeito a sua eficácia positiva, o enunciado legislativo comissiona ao Poder Público, munido do poder de polícia das profissões, o dever de garantir os meios para que a sociedade usufrua de bens e serviços seguros e funcionais<sup>30</sup>.

O referido dispositivo traz em seu bojo norma de eficácia restringível, aquela em que é permitido ao Estado “impor exigências que, veiculando requisitos mínimos de capacidade e estabelecendo o atendimento de certas qualificações profissionais, condicionam o regular exercício de determinado trabalho, ofício ou profissão<sup>31</sup>”. Nesse sentido é a definição de José Afonso da Silva<sup>32</sup>:

[...] aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

---

<sup>30</sup>ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. **Perquirições sobre a constitucionalidade do registro em órgão estatal como requisito para o exercício da atividade artística**: uma análise à luz dos direitos de liberdade. 2012. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

De igual forma, Gilmar Ferreira Mendes esclarece que “a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público [...], mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros [...]. A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 121.

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**, Acórdão, Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10.10.2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>> Acesso em: 06 abr. 2017.

<sup>32</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade da Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

De início, oportuno consignar que a opção por uma leitura de reserva legal mais ou menos ampla a partir do enunciado em apreço não parece violar, a priori, a atual Constituição, que elevou a liberdade profissional ao patamar de cláusula pétrea, art. 60, §4º, inciso IV, com um status de caráter especial incomparável no nosso constitucionalismo, fazendo-o, contudo, apenas para a abolição desses direitos, não para limites e restrições. O direito pode, portanto, sofrer restrições mais ou menos amplas, em que pese não possa ser abolido.

A propósito, registra Lucas Catib de Laurentiis que os direitos fundamentais sem reservas exigem justificção maior para serem restringidos, demandando mais requisitos e justificativas, ao passo que “a regulamentação do exercício de direitos com reserva simples apresentará um menor grau de exigência argumentativa”. Sobre os direitos fundamentais sob reserva qualificada (o autor não toca o caso em estudo), Laurentiis observa que o constituinte permite níveis variados de exigência para restrição no conteúdo protegido “em função da amplitude da cláusula de reserva prevista pelo texto constitucional: quanto mais amplas e variadas as hipóteses de restrição admitidas, menores serão os requisitos para a intervenção no conteúdo protegido.”<sup>33</sup>

Dois outros dispositivos que mais diretamente tangenciam o tema são o art. 22, inciso XVI, e o art. 48, ambos da CF, que serão objeto de análise mais adiante, com previsão no sentido de que a organização do sistema nacional de emprego bem como a imposição de condições para o exercício de profissões são matérias da competência privativa da União, sendo que, nos termos do art. 48, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre as referidas matérias.

#### 1.4 ALCANCE DO TERMO “QUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS” QUE A LEI ESTABELECE

Nos termos do art. 5º, inciso XIII, da CF de 1988, o constituinte prevê o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

---

<sup>33</sup>LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 238.

No Recurso Extraordinário nº 511.961, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, ali ficou registrado que “o Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais.”<sup>34</sup>

Partindo, assim, de um raciocínio lógico-dedutivo, e alçando esse figurino estabelecido pelo Supremo como premissa maior, de fato não parece remanescer alternativa, senão concluir que ao intérprete inexistente autorização constitucional para ir adiante do mandato que lhe outorgou o constituinte (ao menos se analisado o dispositivo de per si), invocando ao assunto a existência de qualquer outro tipo de restrição, passando distante do que significa o termo qualificação profissional.

Fora desse termo, a julgar pelo aresto citado, o intérprete não poderia ir além do preconizado especificamente no inciso XIII, trazendo um recorte desautorizado na amplitude desse direito fundamental consagrado pelo Constituinte.

Mas esta pesquisa não concluiu neste sentido (que as restrições estão confinadas à qualificação profissional), o que será melhor estudado ao longo das próximas páginas.

De qualquer sorte, como a legislação não oferece uma interpretação autêntica acerca do termo em apreço e considerando importante saber qual é a real acepção dessas palavras para a compreensão do dispositivo, servimo-nos da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que tem lançado luzes de fato esclarecedoras sobre o alcance das qualificações profissionais.

Aliás, o pretório excelso já se posicionou acerca do assunto, quando em vigor dispositivo semelhante na Constituição anterior, oportunidade em que entendeu inconstitucional regulamentação que fugia dos fins ali previstos na norma. Eis fragmento do *decisum* (Rep. 930-DF), em especial o voto do Min. Rodrigues Alckmin:

A Constituição Federal assegura liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional [...]. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de ‘condições de capacidade’, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas ‘condições de capacidade’, não as pode estabelecer o legislador

---

<sup>34</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.<sup>35</sup>

No mesmo julgado, eis outro excerto:

Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão?

Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. [...]

São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o exercício. [...]

Tais condições (de capacidade técnica, moral, física, ou outras) não de ser sempre exigidas pelo interesse público, jamais pelos interesses de grupos profissionais ou de determinados indivíduos.

Mas há, todavia, quem alegue que esse precedente não se encaixa a todos os casos, de vez que o dispositivo do então art. 150, §23, da Carta revogada, contemplava uma norma com reserva legal bem mais benéfica ao trabalhador do que existe atualmente, na medida em que preferiu o termo mais enxuto “condições de capacidade estabelecidas em lei”.

É o que se pode concluir desse excerto do voto proferido no RE 199.088, da lavra do Ministro Francisco Rezek:

Todos recordam: o plenário deste Tribunal se dividiu quando discutíamos a constitucionalidade de um artigo do Estatuto da ordem que estabelecia a quarentena para os juízes. [...] estivemos entre os vencidos [...]. Não sei se a maioria diria tal coisa hoje, diante de um texto constitucional que já não fala em condições de capacidade técnica, mas fala em “qualificações profissionais”, expressão mais genérica e capaz de compreender algo mais – no que concerne aos limites do exercício de determinado ofício – do que a mera questão de saber se determinada pessoa tem qualificação estritamente técnica para exercê-lo. [...] E um exemplo, talvez o mais transparente no aspecto traumático, é aquele da suspensão do ofício por entidade corporativa, em nome de afronta ética grave ou de qualquer outra espécie de desvio sério de conduta – quando não se pode dizer que o profissional esteja desqualificado tecnicamente para o exercício, mas

---

<sup>35</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rep. nº 930-DF**. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJU, 2, set. 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

quando outros motivos, em nome de valores que a ordem jurídica respeita, o desqualificam temporariamente.<sup>36</sup>

Argumenta-se que a Constituição de 1988, ao alterar a redação anterior, pretendeu manter essa liberdade pública do cidadão, impondo-lhe, entretanto, uma cláusula qualificada menos garantista, o que acabou permitindo outras restrições e temperamentos por parte do Estado, ao ampliar o espectro da reserva legal para “qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Na nossa Corte Maior, a propósito, o Min. Celso de Melo, em voto proferido quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 414.426, da relatoria da Min. Ellen Gracie, fala em “atendimento de requisitos mínimos de caráter técnico-científico ou de determinadas condições de capacidade.”<sup>37</sup>

E no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, que tratou do Exame de Ordem, o Min. Eros Grau trabalha a questão semântica mais de perto, assim clareando:

[...] de modo diverso, as Constituições anteriores mencionavam, em lugar de ‘qualificações profissionais que a lei estabelecer’, ‘condições de capacidade que a lei estabelecer’.

Em linhas gerais, no entanto, há paralelismo entre ‘qualificações profissionais’ e ‘condições de capacidade’; note-se bem que a própria Constituição de 1.988 atribui à União competência para legislar sobre “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

A questão que se põe diz com a necessidade de sabermos quais as atividades cujo exercício a Constituição admite devam estar condicionadas a qualificações profissionais estabelecidas pela lei.

A proximidade, no contexto, entre capacidade e qualificação profissional me permite lembrar afirmação de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO em voto memorável<sup>38</sup>: “O problema da

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 199.088**. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/10/1996. DJ 16/04/1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236491>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**, Acórdão, Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10.10.2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

<sup>38</sup>E.C. 1/69, art. 153, §23; Const. De 1.967, art. 150, §23; Const. De 1.946, art. 141, §14; Const. De 1.934, art. 133, 13, que também mencionava “e outras que a lei estabelecer, dictadas pelo interesse público”; a Carta de 1.937 mencionava também “restrições impostas pelo bem público” (art. 122, 8). A Constituição de 1.891 afirmava incondicionalmente o livre exercício de qualquer profissão (art. 72, §24); a de 1.824 afirmava que “Nenhum, genero de trabalho, de cultura, de industria, ou commercio pode ser prohibido, uma vez que não se oponha aos costumes publicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos” (art. 179, XXIV).

capacidade é um problema de requisito para o exercício de determinada atividade”. O problema da qualificação profissional, diremos, é, da mesma forma, um problema de requisito para o exercício de determinada atividade.<sup>39</sup>

O Min. Cezar Peluso, em seu voto pela inconstitucionalidade da exigência de diploma para jornalistas (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes), sustenta que “Em geral, os autores falam sobre necessidade de capacidades especiais ou de requisitos específicos, mas, a meu ver, não descem ao fundo da questão, que é saber onde está a especificidade dessa necessidade?”<sup>40</sup> E enfrenta a questão dizendo que “A especificidade dessa necessidade, [...] está, como regra, na necessidade de ter conhecimento de verdades científicas que nascem da própria natureza da profissão considerada, sem os quais esta não pode ser exercida com eficiência e correção.”<sup>41</sup>

De acordo com o Min. Marco Aurélio (RE nº 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio), ao emitir seu voto pela constitucionalidade do Exame de Ordem, “[...] é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.”<sup>42</sup>

O Min. Luiz Fux, na mesma assentada, diz que “Resta evidente, então, que a aprovação no Exame de Ordem é uma condição da profissão de advogado, assim prevista em lei, pela qual se verifica se o indivíduo dispõe da qualificação técnica necessária ao desempenho profissional minimamente admissível.”

Neste mesmo julgado, o Supremo deixou evidente a sua posição no sentido de que exames de proficiência para advogados, engenheiros e pilotos de avião, dentre outros profissionais, são absolutamente constitucionais, daí permitindo concluir ser possível que o Conselho Federal de Medicina aplique o exame nacional caso o Congresso Nacional aprove uma lei nesse sentido, como era o intento do

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal .**RE 603.583**. Rel. Min. Marco Aurélio, j.26.10.2011. DJ 25.05.2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>41</sup> BRASIL, op.cit.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal .**RE 603.583**. Rel. Min. Marco Aurélio, j.26.10.2011. DJ 25.05.2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Projeto de Lei nº 217/04, de autoria do Senador Tião Viana (PT-AC), arquivado por findar a legislatura, que buscava instituir o Exame Nacional de Proficiência em Medicina como requisito legal para o exercício da medicina no país<sup>43</sup>.

Nessa esteira, não somente o Conselho de Medicina, mas qualquer outro poderá instituir exames nos moldes da OAB, bastando para tanto que o faça autorizado por lei em sentido formal e material, a teor do que também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.<sup>44</sup> Neste recurso referenciado, o STJ entendeu ilegal exigência pelo Conselho de Contabilidade de exame de proficiência com apoio apenas em Resolução, sem prévia base legal.

Qualificação profissional, segundo o Supremo Tribunal Federal, significa qualificação técnica, requisitos de caráter técnico-científico mínimos e necessários ao desempenho da profissão<sup>45</sup>. É também o entendimento proposto nesta dissertação.

## 1.5 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE PROFISSIONAL

O âmbito ou núcleo de proteção da liberdade profissional é o direito protegido, a parcela da realidade objeto da proteção constitucional<sup>46</sup>, aquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup>No mais, o equívoco não está nas rígidas exigências para o exercício da advocacia, antes o contrário. Caberia ao legislador impor a obrigatoriedade de exame para o exercício daquela outra nobre atividade, o que estaria em total consonância com o texto constitucional. O mesmo vale para as demais carreiras que representam riscos à coletividade, mas dispensam o teste de conhecimentos mínimos.” (Min. Marco Aurélio no recurso referido).

<sup>44</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 503918/MT**, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgamento em 24/06/2003, DJ de 08/09/2003. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=503918&processo=503918&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=503918&processo=503918&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>45</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**, Acórdão, Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

<sup>46</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 150-151.

<sup>47</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>48</sup> ensina que:

A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma séria de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.

Um precedente do STF, excluindo o trottoir da liberdade de locomoção para as prostitutas, esclarece melhor<sup>49</sup>: “não há direito constitucionalmente assegurado à prática do trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes”.

É a preocupação elementar da dogmática no sentido de saber se o direito<sup>50</sup> que se julga limitado ou restringido está de fato inserido na categoria do direito fundamental trabalhado, na perspectiva de que, do possível âmbito de proteção inicialmente apresentado, se exclua, desde logo, toda ou qualquer hipótese fática que não permita o estabelecimento de uma mínima conexão com o provável conteúdo do direito fundamental em foco.<sup>51</sup>

Há diferenças conceituais entre as atividades previstas no dispositivo estudado: trabalho, ofício ou profissão, sendo que estas últimas são sinônimas.

Segundo Leonardo Martins, “ofício ou profissão referem-se a uma atividade à qual o titular do direito se dedica de forma duradoura para a consecução dos meios da própria subsistência econômica,”<sup>52</sup> ao passo que ao “termo trabalho falta a característica “forma duradoura”, pois o termo indica que deverá ser protegida até

---

<sup>48</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, p. 210.

<sup>49</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário nº 59.104**, Acórdão, Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 3.11.1981. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000024152&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

<sup>50</sup>SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. Anotações sobre Limites e Restrições aos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Revista da AGU**. Brasília, n. 35, p. 126-142, jan-março de 2013.

<sup>51</sup>FREITAS. Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.225.

<sup>52</sup>MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. Leitura Jurídico-Dogmática de uma Complexa Relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 161.



mesmo uma atividade singular, praticada uma única vez, com a finalidade de se adquirir certa remuneração.<sup>53</sup>

E tentando um critério para syndicar quando um trabalho, ofício ou profissão não estão abarcados no âmbito protetor da norma, o Prof. Martins pontua que o trabalho ilícito, que se apresenta por um atividade singular que se choca com outros bens constitucionais, não faz parte da área de proteção do tipo normativo previsto no art. 5º, XIII, da CF, o mesmo ocorrendo com o ofício ou profissão que não se amolda ao plexo de atividades coordenadas que somente no seu conjunto podem conduzir ao exercício profissional.

Para ilustrar este último caso, cita o exemplo do advogado que exerce a profissão por um feixe de atividades, como a elaboração de petições, recursos e participação de audiências, circunstâncias conhecidas e atribuídas a uma série de práticas que evidenciam o exercício da advocacia, arrematando o raciocínio no sentido de que “se a proteção se refere ao mencionado feixe coordenado, significa que caem fora da área de proteção [...] do art. 5º, XIII, da CF [...] as atividades individualizadas que se chocarem contra o ordenamento jurídico,<sup>54</sup>” e que, por serem proibidas, não gozam em seu conjunto do amparo estatal.

E finaliza, dizendo que “não se trata de deixar de proteger a “profissão do assaltante profissional de bancos” ou do “traficante de substâncias entorpecentes”, mas de suas atividades individualizadas que são proibidas e que, por isso, conjuntamente também não podem ser protegidas<sup>55</sup>” enquanto profissão.

Portanto, só por aqui já se vê que a expressão “qualquer” constante do enunciado legislativo há de ser relativizada, dado que não é todo trabalho, ofício ou profissão que são livres e merecem a proteção constitucional.

De outro lado, essa definição da área de proteção e do próprio conteúdo normativo do direito é muito importante, uma vez que em determinadas situações, como veremos, os direitos fundamentais trazem consigo, sim, alguns parâmetros de proteção (pressupostos fáticos e jurídicos), algo que se permite enxergar a partir de sua ínsita estrutura dogmática, não sendo, portanto, direitos formais e sem conteúdo.

José Afonso da Silva, ao comentar o inciso estudado, ensina que:

---

<sup>53</sup>MARTINS, op. cit., p. 161.

<sup>54</sup>MARTINS, op. cit., p. 162.

<sup>55</sup>MARTINS, op. cit., p. 162.

[...] o dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. [...] Como o princípio é o da liberdade, a eficácia e a aplicabilidade da norma são amplas quando não exista lei que estatua condições ou qualificações especiais para o exercício do ofício ou profissão ou acessibilidade à função pública. Vale dizer, não são as leis mencionadas que dão eficácia e aplicabilidade à norma. Não se trata de direito legal, direito decorrente da lei mencionada, mas de direito constitucional [...]<sup>56</sup>

Enfim, a norma jusfundamental garante, a priori sem indeterminação semântica, que o mercado de trabalho pode ser diretamente acessado pelo cidadão, sendo livre para todas as profissões e ofícios, permitindo a Constituição, em caráter excepcional, a imposição de certos limites ao seu exercício apenas nos termos que ela mesma estabelece, que é o atendimento das qualificações profissionais. Esses termos, se de fato restritos ou amplos, serão analisados oportunamente.

## 1.6 A LIBERDADE PROFISSIONAL PREVISTA NO ART. 5º, XIII, COMO REGRA E PRINCÍPIO

Apesar de as regras e princípios trabalharem no âmbito deontológico (terreno do dever ser), justamente por serem normas jurídicas com status de colunas da teoria dos direitos fundamentais, não se podem desprezar as suas diferenças, eis que muito importantes para a interpretação e aplicação de tais normas. Uma das principais diferenças entre regras e princípios reside no fato de as regras, a priori, militarem no nível do tudo ou nada e os princípios serem considerados mandamentos de otimização.

Segundo Alexy, princípios são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, caracterizando-se, ainda, pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Com relação às regras, o autor referido vai ensinar que elas são normas que, a depender da hipótese de incidência, podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, a mesma observação de Ronaldo Dworkin, para quem “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então

---

<sup>56</sup>SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 108.

ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>57</sup>

Em outras palavras, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.<sup>58</sup>”

Os princípios são normas que impõem sua observância na medida do possível e dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que as regras ou são satisfeitas ou não são satisfeitas.

O outro critério distintivo entre regras e princípios vem da questão do peso destes últimos, no sentido de que os princípios têm uma dimensão cuja característica não se apresenta nas regras, ou seja, quando dois princípios colidem entre si, cabe ao intérprete sopesar e avaliar, no caso concreto e nas circunstâncias, qual dos dois tem maior peso e precedência no caso (ponderação).

Para Ronald Dworkin, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.<sup>59</sup>”

Mas a distinção mais nítida entre regras e princípios podemos perceber nos casos de colisões entre princípios e de conflito entre regras.

No magistério de Alexy, um dos marcos teóricos desta pesquisa, o conflito entre regras resolve-se no plano da validade ou daquelas máximas como lei especial prevalece sobre a lei geral, lei posterior prevalece sobre lei anterior etc., resolvendo-se também referido conflito com recurso do intérprete às cláusulas de exceção entre duas normas válidas e em choque.

Já a colisão entre princípios resolve-se na dimensão do peso, até porque só princípios válidos podem colidir, sendo que “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.<sup>60</sup>”

A liberdade profissional prevista no inciso XIII estudado, ao que parece, apresenta-se como regra e princípio ao mesmo tempo.

Paulo Gustavo Gonet Branco, partindo do pressuposto de que a norma é o resultado da interpretação constante do enunciado legislativo, vai lembrar que “se o

---

<sup>57</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 39.

<sup>58</sup>ALEXY, op. cit., p. 91.

<sup>59</sup>DWORKIN, op. cit., p. 42.

<sup>60</sup>ALEXY, op. cit., p. 96.

artigo da Constituição é um texto, dele se pode deduzir uma ou mais normas, sempre com atenção ao caso concreto a que a atividade interpretativa visa.” Nesse andar, ele conclui que “de um mesmo preceito normativo é possível colher uma regra (que valerá como tal para certas circunstâncias que interfiram no processo interpretativo) e também um princípio.<sup>61</sup>”

Segundo Branco, “[...] não é a natureza da norma que define o critério de solução do problema, mas é a solução desejada que rotulará a norma como princípio ou regra.<sup>62</sup>”, até porque, a teor do ensino de Eros Roberto Grau<sup>63</sup>, “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)”.

E o enunciado ora trabalhado apresenta-se como regra, na medida em que, laborando no estreito terreno do dever ser definitivo ou real, ostenta *prima facie* a força vinculante da cláusula de reserva qualificada (no sentido de que a restrição ao direito fundamental deve ser mediante lei<sup>64</sup> e que diga respeito à qualificação profissional), revelando uma alta densidade normativa, sugerindo “ao intérprete tratar o enunciado normativo como uma regra.<sup>65</sup>”

Apresenta-se como princípio porque, além do caráter de princípio das normas jusfundamentais, ensina Alexy<sup>66</sup> que “seria uma ilusão imaginar que o problema das restrições aos direitos fundamentais pode ser resolvido com o recurso às disposições sobre reservas e restrições da Constituição”, como se tais direitos, tirando as reservas, ficassem a salvo de outras afetações.

Ao que parece, a posição mais consentânea com o regime jurídico dos direitos fundamentais, sobretudo com a *ratio essendi* do enunciado legislativo, que não tem palavras inúteis e de alguma forma deve ser prestigiado, seria admitir que todo e

<sup>61</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

<sup>62</sup>Ibidem., p. 136.

<sup>63</sup>GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

<sup>64</sup>Leonardo Martins anota que “não importa a denominação dada pelo legislador: há normas denominadas de princípios que são normas comuns (regras na definição de ALEXY), como o princípio da legalidade, e normas que não trazem essa denominação que, por sua natureza, parecem se aproximar da noção de princípio.” MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. Leitura Jurídico-Dogmática de uma Complexa Relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67-68.

<sup>65</sup>BRANCO, op. cit., p. 136.

<sup>66</sup>ALEXY, op. cit., p. 121.

qualquer disciplinamento do assunto “qualificações profissionais” só poderá ser realizado privativamente por lei editada pela União, sob pena de inconstitucionalidade formal, permanecendo, entretanto, a possibilidade de a União impor igualmente outros agravos à liberdade de trabalho, caso estes se deem em nome da convivência entre valores constitucionais, como acontece na jurisprudência e na Administração Pública.

Com base nesta última hipótese, e somente a este título (tutela das liberdades públicas, valores e princípios constitucionais em colisão), nada impede que os estados, Distrito Federal e municípios tratem da matéria (vedando a advocacia privada a certas categorias com base nos princípios da moralidade e eficiência, p. ex.) quando disciplinar o regime jurídico de seus respectivos agentes públicos, cada qual dentro de sua competência<sup>67</sup>.

A propósito do assunto, lembra José Carlos Vieira de Andrade<sup>68</sup> que as colisões<sup>69</sup> podem surgir (i) em abstrato, quando o preceito não tenha previsto a

---

<sup>67</sup>Sobre competência dos entes constitucionais para dispor sobre o regime jurídico de seus servidores (e essa competência, como veremos, não pode chocar-se com o art. 22, XVI, c/c o art. 48, ambos da CF), conferir os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: “Dentre as regras básicas do processo legislativo federal, de observância compulsória pelos Estados, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes, encontram-se as previstas nas alíneas a e c do art. 61, § 1º, II, da CF, que determinam a iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo na elaboração de leis que disponham sobre o regime jurídico e o provimento de cargos dos servidores públicos civis e militares.

[...] Esta Corte fixou o entendimento de que a norma prevista em Constituição estadual vedando a estipulação de limite de idade para o ingresso no serviço público traz em si requisito referente ao provimento de cargos e ao regime jurídico de servidor público, matéria cuja regulamentação reclama a edição de legislação ordinária, de iniciativa do chefe do Poder Executivo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.873**. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20-9-2007, P, *DJ* de 9-11-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493826>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

No mesmo sentido, “Processo legislativo: normas de lei de iniciativa parlamentar que cuidam de jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais do Estado e de seus Municípios na organização do sistema de ensino: reserva de iniciativa ao Poder Executivo dos projetos de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (art. 61, II, § 1º, c). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.895**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2-8-2007, P, *DJ* de 6-9-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485448>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>68</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra. 5. ed. Almedina 2017, p. 265.

<sup>69</sup>Importante o alerta do autor português supracitado, para quem a delimitação do âmbito de proteção constitui antepasso para saber se de fato existe a colisão. Para ele, definir-se o contorno do âmbito de proteção “justifica-se, desde logo, pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente: não tem sentido fazer uma ponderação, que pressupõe a

restrição, (ii) quando a Constituição preveja valores ou direitos estruturalmente incompatíveis e (iii) nos casos concretos.

Comentando o art. 47.º, n.º 1 da Constituição portuguesa<sup>70</sup>, dispositivo que também agasalha a liberdade profissional com uma cláusula de reserva legal qualificada, o autor lusitano vai registrar que, em tais situações, há uma presunção de que o legislador somente pode impor restrições quando confinadas à salvaguarda das finalidades ou valores ali expressamente enunciados; podendo, contudo, ir mais longe desde que para atender “outras finalidades que decorram necessariamente ou se possam considerar implicadas nas expressamente referidas (sem prejuízo da limitação legislativa desses direitos, para declaração de limites imanentes ou para solução de um conflito.<sup>71</sup>”

Nesse sentido, a liberdade profissional, em respeito à convivência com os demais direitos fundamentais e, nessa perspectiva, como alvo de uma necessária otimização<sup>72</sup>, pode eventualmente sofrer outros decotes em seu âmbito de proteção, ainda que inexista expressa autorização constitucional para tanto.

Neste particular, não concordamos<sup>73</sup>, portanto, com Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>74</sup> quando afirma que em se tratando de reserva legal qualificada (e o art. 5º, XIII, tem essa característica), “o constituinte realiza ele próprio a ponderação entre os valores que podem estar em conflito, remanescendo ao legislador a depuração desse

---

consideração de dois valores, quando estamos perante um comportamento que não pode, em caso algum, considerar-se constitucionalmente protegido, pois que, não existindo à partida um dos direitos, a solução só pode ser a da afirmação total do outro.” ANDRADE, op. cit., p. 267.

<sup>70</sup>“Art. 47.º, n.º 1 – Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerente à sua própria capacidade.”

<sup>71</sup>ANDRADE, op. cit., p. 281.

<sup>72</sup>Ibidem., p.169 “O caráter de princípio de uma norma não é consequência necessária da sua consistência vaga; a norma configura um princípio, porque exige uma tarefa de otimização.”

<sup>73</sup>Também discordamos de Leonardo Martins quando afirma que “No caso dos direitos sem reserva, a limitação pode acontecer somente no caso concreto, ou seja, no momento da interpretação e aplicação do direito pela Administração e principalmente pelo Judiciário.” MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. Leitura Jurídico-Dogmática de uma Complexa Relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137. Até porque, em que pesem partam de casos concretos, há comandos exarados pelo Poder Judiciário com eficácia geral equiparada à da lei, o que enfraquece o argumento de desprestigiar-se o Poder Legislativo.

<sup>74</sup>Ibidem., 266.

balanço. Não é dado ao juiz lançar-se a outras calibrações não consideradas pelo constituinte.”

Entendemos, também na linha de Jorge Reis Novais<sup>75</sup>, que é possível, sim, outras calibrações, eis que “todos os direitos fundamentais são direitos sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação que pode conduzir à legitimação de uma restrição num caso concreto.”

E, apesar do art. 5º, XIII, trazer uma cláusula de reserva de lei qualificada, lembra-nos Alexy que “El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización<sup>76</sup>”.

Aliás, de acordo com a doutrina de Alexy<sup>77</sup>, se uma regra não é aplicada sem dispensar sopesamentos, ela é, na condição de regra, incompleta, e “na medida em que ela for incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculados.”

Comentando o art. 5º, §3º, 1, da Constituição alemã, cuja redação dispõe que “a arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres.”, o autor alemão vai afirmar que, ao fim e ao cabo, esses direitos não gozam da amplitude que aparentam ter, sendo necessário acrescentar ali uma cláusula de restrição<sup>78</sup>, o que ele chama de “transformação complementar”, eis que, do contrário, “estar-se-ia diante de direitos irrestringíveis, o que não pode ser correto, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes têm preferência sobre o princípio da liberdade artística.<sup>79</sup>”

No que mais interessa ao nosso trabalho, onde nos debruçamos sobre um dispositivo com cláusula qualificada, o professor de Kiel vai alertar que “mesmo normas dotadas de reserva qualificada necessitam de uma transformação

<sup>75</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 274.

<sup>76</sup>ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, princípios jurídicos e razón práctica**. Disponível em: <<http://biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>77</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

<sup>78</sup>“o Tribunal Constitucional alemão construiu a seguinte cláusula: “(3) São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional [...], os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.142.

<sup>79</sup>ALEXY, op. cit., p. 142.

complementadora, o que faz com que nelas seja incorporada a máxima da proporcionalidade e, com isso, uma parte da teoria dos princípios.<sup>80</sup>

E é nesse contexto dos princípios – no qual o direito protegido é tudo menos ilimitado<sup>81</sup> – que de igual maneira se compreende o alcance da liberdade profissional, tanto mais porque, constituindo mandamento de otimização realizável da melhor maneira possível, ante situações fáticas e jurídicas, não haveria dificuldades em aceitar que, independentemente de reservas, tal direito pode vir a sucumbir perante princípios constitucionais outros colidentes.

Verificada a natureza dúplice da norma decorrente do enunciado (art. 5º, XIII, da CF), parece não sobrar dúvida que o caminho está pavimentado para o juízo de proporcionalidade dos limites e restrições ao referido direito, questão que será estudada adiante.

## 1.7 TEORIA EXTERNA

A teoria externa admite o convívio de duas coisas distintas: o direito fundamental abstratamente positivado (de um lado) e a restrição sobre esse direito autorizada pela Constituição (de outro lado), remanescendo desse encontro subsuntivo entre o direito e a restrição, o direito restringido<sup>82</sup>. Aqui os direitos fundamentais trazem comandos *prima facie*, admitindo restrições externas que podem surgir de colisões entre eles e os demais direitos e valores constitucionais, sendo que a constitucionalidade dessas afetações é aferível com recurso ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

## 1.8 TEORIA INTERNA

Segundo Robert Alexy, a teoria interna trabalha em um cenário distinto do descrito na teoria externa. Na teoria interna, “não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo.<sup>83</sup>” Ou seja, não há que se cogitar de limites exteriores a direitos fundamentais, eis que os pretensos

---

<sup>80</sup>ALEXY, op. cit., p. 143-144.

<sup>81</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 377.

<sup>82</sup>ALEXY, op. cit., p. 277.

<sup>83</sup>Ibidem., p. 277.



condicionamentos, ao fim e ao cabo, não passam de revelações de cunho interpretativo e declaratório do próprio conteúdo já implicitamente recortado na origem<sup>84</sup>.

Dito de outra forma, o direito fundamental na verdade não sofre contenção por ação mediadora do legislador infraconstitucional, ele já se apresenta recortado em seu suporte fático a partir de suas limitações próprias. É nesse sentido que a doutrina fala de limites imanentes aos direitos fundamentais, assunto a ser tratado no próximo tópico.

### 1.9 LIMITES IMANENTES

Embora a Constituição Federal de 1988 apresente uma série de dispositivos com reserva legal simples e qualificada, facultando ao legislador impor restrições aos direitos fundamentais nas hipóteses em que especifica, tal não significa concluir que os direitos positivados nas demais normas constitucionais são absolutos, intocáveis ou irrestringíveis, ficando a salvo de qualquer afetação.

É que parece não remanescer dúvida que os direitos fundamentais não são absolutos – a começar porque são históricos – estando sujeitos a afetações gravosas ainda que inexistente expressa autorização constitucional nesse sentido, tendo em vista inevitáveis choques com outros direitos e bens de igual estatura constitucional, o que em si já seria o bastante para a intervenção legislativa em seu âmbito de proteção. É nesse contexto que surgem os limites imanentes, instituto sob domínio da teoria interna, os quais laborariam em torno da revelação do conteúdo do direito fundamental, daí porque não se pode falar, em relação a eles, de restrições ou afetações externas, mas apenas em sua configuração.<sup>85</sup>

Tal significa dizer que de fato existe a possibilidade de limites ou obstáculos não expressamente autorizados pelo legislador constituinte (embora latentes), existindo a compatibilidade de tais recortes a partir da convivência com

---

<sup>84</sup>Assim, segundo a assim designada “teoria interna”, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com seus limites. [...] para a teoria interna o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406.

<sup>85</sup>SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 63.

as seguintes situações: respeito a direitos fundamentais de terceiros, direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública e direitos fundamentais submetidos a relações especiais de sujeição. Estudaremos oportunamente aqui, ainda que *en passant*, as relações especiais de sujeição.

## 1.10 DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES

Não há consenso acerca da restringibilidade dos direitos fundamentais<sup>86</sup> e tal parece não ser diferente com relação à liberdade profissional.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari,<sup>87</sup> tratando da legitimidade das restrições, classifica resumidamente o que se entende como restrições internas e externas a direitos fundamentais, reconhecendo como restrições internas, diretamente constitucionais, aquelas estipuladas pelo constituinte, “às quais se somam as restrições externas, indiretamente constitucionais, estabelecidas pelo legislador ordinário e sujeitas ao controle da jurisdição constitucional.”<sup>88</sup>

Os direitos com restrições internas são aqueles limitados por disposição constitucional expressa, o que se vê, entre outros, no art. 5º, XVI, que o próprio texto traz o direito de “reunir-se pacificamente, sem armas”, além do art. 5º, XV, que dispõe sobre a liberdade de “locomoção no território nacional em tempo de paz.” As restrições externas mediata ou indiretamente constitucionais, que são promulgadas com fundamento na Lei Maior, estão nas reservas simples e qualificada, as quais já abordadas neste trabalho.

Parte da doutrina entende, contudo, que há uma terceira alternativa para interferência em direitos fundamentais além daquelas que se dão sem previsão de limitação direta no texto constitucional e sem reservas, fazendo-o com base na teoria do direito constitucional de colisão.

São as restrições que decorrem de colisões entre direitos fundamentais, ainda

---

<sup>86</sup>“Apesar dos inúmeros esforços, que levaram a inúmeras e importantes idéias, não se pode dizer que já exista uma sistemática das restrições que seja satisfatória.” ALEXY, Robert.

**Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286

<sup>87</sup>FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**, São Paulo: RT. 2011, p. 538-541.

<sup>88</sup>Ibidem., p. 538-541.

que inexistindo limitação expressa ou autorização expressa prevendo a possibilidade de afetação pelo legislador.<sup>89</sup> Ingo Sarlet observa que, embora essa última alternativa possa ser subsumida na segunda que trata de restrição de direitos desprovidos de reservas, “considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva [...] que em qualquer caso [...] exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional.”

Dimoulis e Martins, nessa ótica, enxergam três formas de limitações<sup>90</sup>.

Primeiro, ao estabelecer uma concordância prática no cotejo entre o direito fundamental sem limitação expressa quando em tensão com outro bem jurídico de envergadura constitucional. Segundo, com esteio na teoria dos limites imanentes, instituto já trabalhado no tópico anterior, e finalmente com a “possibilidade de delimitação mais estreita da área de proteção de tal sorte a diminuir a possibilidade de choque do exercício da liberdade tutelada com interesses constitucionais ou direitos fundamentais colidentes.” A ideia é que “quanto menor for a área de proteção, menores serão as probabilidades de conflito com outros direitos fundamentais – e vice-versa.”

Mas nem tudo pode ser concebido como restrição. Ou seja, para solucionar o problema do que pode ou não ser alvo de restrição, temos antes que distinguir o que é restrição do que é conformação ou mera disciplina do regime jurídico dos agentes públicos, um problema a mais a vencer pela doutrina e jurisprudência<sup>91</sup>.

Nesse sentido válido o alerta de Ingo Sarlet<sup>92</sup>, para quem não é qualquer disciplina de direitos fundamentais que “pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se limitam a detalhar tais direitos a fim

---

<sup>89</sup>SARLET, op. cit., p. 410.

<sup>90</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 156-157.

<sup>91</sup>Observa José Carlos Vieira de Andrade que no plano da realidade a intervenção legislativa em se tratando de direitos fundamentais não se traduz, na maioria dos casos, em restrição no conteúdo desses direitos. Nesse sentido aponta quatro situações que identificam normas conformadoras. São em primeiro lugar, aquelas que se restringem a iniciar e acomodar os direitos na vida jurídica. Em segundo lugar, aquelas que se lançam a apenas “interpretar os preceitos constitucionais a fim de permitir ou facilitar a sua aplicação. [...] Em terceiro lugar, também não podem ser consideradas como de restrição aquelas hipóteses em que a Constituição remete para uma determinação legislativa autónoma a própria configuração do conteúdo dos direitos e garantia fundamentais [...]. Por fim, não é seguramente restritiva a legislação que visa diretamente proteger, promover ou até ampliar o alcance dos direitos fundamentais fora das situações de colisão.” ANDRADE, op. cit., p. 208-214.

<sup>92</sup>SARLET, op. cit., p. 409.

de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos configurar, conformar, completar[...]”. Segundo Sarlet, tais termos são normalmente usados para “caracterizar este fenômeno. Algo distinto, contudo, se dá com as limitações de direitos fundamentais, as quais, como visto, reduzem o alcance de conteúdos *prima facie* conferidos a posições de direitos fundamentais mediante a imposição de cargas coativas.”

É claro que quanto mais amplo o suporte fático do direito mais perto fica a possibilidade de enquadrar-se como restrição qualquer ato do Estado, como é o caso do direito de propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF), que é um direito de contorno genérico ou abstrato (não confundir com posse ou domínio), cujo exercício é possível mediante conformação do legislador infraconstitucional (pelo código civil e legislação correlata). Nesta hipótese, o constituinte reserva ao legislador ordinário amplo poder de definição ou concretização, de maneira que, com isto, será possível conhecer a área de proteção desse direito que tem caráter normativo e não comportamental, a exemplo de outros direitos fundamentais de liberdade<sup>93</sup>.

São os direitos fundamentais com âmbito de proteção estritamente normativo, que são aqueles que, sendo criação do Estado com conteúdo incompleto, encerram uma construção jurídica dependente de concretização e conformação pelo legislador comum. José Carlos Vieira de Andrade<sup>94</sup> lembra que “a lei conformadora ou constitutiva não restringe o conteúdo do direito ou da garantia, porque é a ela própria que cabe determiná-lo, para além do conteúdo mínimo do direito ou do núcleo essencial, que decorrem da Constituição.”

E o perigo de uma conformação convolar-se em restrição parece de fato maior nesses casos<sup>95</sup>, eis que tais direitos são carentes de densificação pelo legislador e, principalmente, considerando a era do ativismo judicial, dependentes de uma vigilância ou autocontenção pelos poderes constituídos que, a pretexto de configurá-los, não podem rumar por uma hermenêutica asfíxiante de suas garantias, suprimindo

---

<sup>93</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

<sup>94</sup>ANDRADE, op. cit., p. 213.

<sup>95</sup>“Isso cria um problema. Qualquer concretização de um direito pode significar sua limitação. Quando, por exemplo, o legislador define quais bens não podem ser objeto de propriedade particular ou determina como deve ser registrada a propriedade de bens imóveis, faz algo necessário, pois dá concretude ao direito constitucional, que é por excelência, como já aludido, abstrato e não comportamental-concreto. Mas, ao mesmo tempo, estabelece limitações em seu objeto e formas de exercício.” DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 152.

pela via interpretativa as respectivas normas concretizadoras.

Ao contrário desses direitos de âmbito de proteção estritamente normativo, entendemos que a liberdade de ir e vir e a própria liberdade profissional, por exemplo, que são um desdobramento da liberdade geral de ação e gozam de efetividade imediata, não padecem dos mesmos riscos, não com a mesma amplitude, dado que sua área de proteção não carece de delineamento infraconstitucional, podendo ser diretamente usufruídos pelo cidadão.

São direitos de conteúdo determinado ou determinável a partir da própria Lei Maior, enfim, aqueles que, na expressão de José Carlos Vieira de Andrade, “as normas constitucionais são capazes de fornecer todos os elementos e critérios necessários e suficientes para a sua aplicação<sup>96</sup>”.

É certo que, quanto menos precisar um direito fundamental da formatação infraconstitucional de sua área de proteção (os direitos de suporte meramente normativo precisam<sup>97</sup>), mais suspeitas de inconstitucionalidade podem recair sobre as leis supostamente concretizadoras.<sup>98</sup>

Entretanto, no caso da liberdade profissional dos agentes públicos que, não obstante sujeita a recortes, tem conteúdo delimitado e eficácia imediata, analisando aqui do ponto de vista do Estado, há que se divisar com bastante cautela o que é conformação e o que é restrição, não podendo ter livre trânsito eventuais questionamentos de inconstitucionalidade em torno de medidas que até tratam do regime jurídico, regulam as funções desempenhadas no âmbito da Administração Pública<sup>99</sup>, mas que, ao fim e ao cabo, não impõem condições ao exercício profissional, não interferem, dificultam e eliminam o conteúdo do bem protegido em apreço, muito menos atingem em cheio o seu exercício e garantias fundamentais<sup>100</sup>.

Nessa toada, também não se há de invocar abrigo no inciso XIII a partir do que

<sup>96</sup>ANDRADE, op. cit., p. 177.

<sup>97</sup>Segundo Vieira de Andrade, op. cit., p. 176, são direitos que “só se tornam <<líquidos e certos>> no plano da legislação ordinária.”

<sup>98</sup>DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 152.

<sup>99</sup>Segundo o Supremo Tribunal Federal, “a locução constitucional “regime jurídico dos servidores públicos” corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. [...] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.867**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 3-12-2003, *DJ* de 9-2-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=404096>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>100</sup>Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.157.

Dworkin<sup>101</sup> denomina de “noção bizarra de conflito de regra”, que para o contexto dessa pesquisa poderíamos citar, entre outros exemplos, a situação do cerceamento da liberdade profissional como corolário da pena de prisão em regime fechado, ainda que aquela restrição ao cidadão não venha expressamente prevista na lei penal ou na sentença condenatória<sup>102</sup>.

De igual forma, agora na perspectiva do servidor, também não se há de apelar a restrições – que são excepcionais – em nome de artificiais colisões entre direitos fundamentais. Gilmar Mendes<sup>103</sup>, a propósito, observa que se é certo que “o constituinte distinguiu os direitos individuais submetidos a reserva legal daqueles outros não submetidos a esse regime, esse fato decorreu de ter vislumbrado perigo de colisão nos primeiros e admitido que tal não se verificaria nos últimos.” E continua arrazoando que, embora seja necessário resolver os conflitos eventualmente constatados, “não há de utilizar o pretexto da pretensa colisão para limitar direitos insuscetíveis, em princípio, de restrição. Por isso, a limitação decorrente de eventual colisão entre direitos constitucionais deve ser excepcional.”

---

<sup>101</sup>Dworkin, a propósito, traz um exemplo de uma noção bizarra de conflito de regra: “Se um código penal contém uma regra que estabelece que ninguém deve ser criminalmente responsabilizado por um ato praticado em legítima defesa, então essa regra não entra em conflito com regras particulares que definem crimes específicos, mesmo se tais regras particulares não fazem menção alguma à legítima defesa. A regra geral sobre a legítima defesa deve ser lida como querendo dizer que, a despeito das regras particulares do direito penal, nenhum ato será considerado criminoso se for praticado em legítima defesa. Na verdade, as regras que podem ser utilizadas para formular excusas gerais para esses casos são comumente redigidas exatamente dessa maneira, mas mesmo quando não for este o caso, desse modo são entendidas.” DWORKIN, op. cit., p. 117.

<sup>102</sup>Com isso não se está a dizer que o preso está totalmente cerceado do direito ao trabalho. A propósito, Luciano Martinez, ao citar o art. 3º da Lei de Execuções Penais e o art. 38 do Código Penal, lembra que “é importante ter em mente que o legislador infraconstitucional não restringiu os direitos fundamentais do preso além do que fosse considerado como indispensável ao cumprimento da sua pena. [...] Isso significa que há, sim, restrições. Não se nega isso! Elas, enfim, existem em qualquer sistema jurídico do mundo e decorrem do especial status de quem está submetido a regras especiais de segurança, mas elas não impõem, necessariamente, em qualquer caso, a supressão da capacidade contratual dos presos para o trabalho.” MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

<sup>103</sup>MENDES, op. cit., 88.

## 2 JANELAS PARA A INTERFERÊNCIA NA LIBERDADE PROFISSIONAL

Analisaremos, no presente espaço, as relações especiais de sujeição, a renúncia ou autorrestricção de direitos, as restrições heterônomas, a dignidade da pessoa humana e, por fim, os direitos de personalidade, todos de alguma forma funcionando enquanto abertura para interferência na liberdade profissional dos agentes públicos.

### 2.1 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Ao estudarmos a teoria dos direitos fundamentais, o seu início, desenvolvimento e consolidação como direito liberal clássico, cuja vocação era a defesa do cidadão em face do Estado, vamos nos deparar nesse processo histórico, a partir da doutrina alemã, com as relações especiais de sujeição, instituto marcado pela subtração dos agentes públicos enquanto vinculados ao Estado, da proteção das leis e dos direitos fundamentais. Referida doutrina avançou e remodelou-se na Alemanha e em alguns outros países da Europa, tendo há muito chegado ao Brasil, de modo que atualmente – lá e aqui –, toda a Administração passou a submeter-se ao império da lei e da Constituição, não mais havendo que se falar em categorias excluídas da proteção do Estado de Direito.

A doutrina das relações especiais de sujeição (que se consolidou no início do século XX) teve origem remota na Alemanha do século XIX, numa quadra histórica em que o poder político migrava da monarquia para a soberania do parlamento, saindo do Estado de Polícia e ingressando no Estado de Direito, em que pese mostrando ainda traços autocráticos e autoritários do antigo regime. Segundo Miriam Wimmer<sup>104</sup>

Embora a construção doutrinária do conceito [...] tenha vindo afirmar a necessidade de demarcação dos limites da atividade estatal em conformidade com o direito, empurrando aos poucos a administração em direção à juridicidade, ainda persistia a idéia da lei como mero limite externo de uma administração essencialmente livre.

Essa doutrina ficou marcada pela ideia de que a Administração tinha poderes

---

<sup>104</sup>WIMMER, Miriam. As Relações Especiais de Sujeição Especial na Administração Pública. **Revista Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 18, p. 31-53, out-nov-dez/2007.

ilimitados e não se submetia completamente ao império da lei, inclusive subtraindo de seus agentes públicos o caráter jurídico de sua relação com o Estado, deixando-os, o que é mais grave, desabrigados dos direitos fundamentais. Essa concepção não mais existe no constitucionalismo moderno, estando “morto e enterrado” o velho pilar clássico das relações especiais de sujeição.

Atualmente, porém, tanto na Alemanha quanto em países como Portugal, Espanha, entre outros, o instituto mudou, admitindo-se há muito a juridicidade das relações travadas no âmbito estatal, revestindo-se o instituto de feição renovada, no sentido de que, como pontua Jorge Reis Novais<sup>105</sup>, “se as relações especiais de poder não constituem um domínio livre de direitos fundamentais, são seguramente um domínio de direitos fundamentais enfraquecidos, pelo menos tanto quanto o exija a manutenção da capacidade funcional das instituições.”

Na ótica do mestre português, não é que a existência de tais relações especiais justifica, por si só, qualquer restrição a direitos fundamentais, ressaltando, contudo, que o necessário funcionamento do serviço público serve não somente como janela constitucional, expressa ou implícita, para eventuais regulamentações e restrições pelo legislador, mas também para atribuir-se à Administração Pública certa margem de liberdade na apreciação,

interpretação e actualização daquelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados à luz da necessária compatibilização dos interesses constitucionais em conflito, ou seja, os interesses de liberdade, de um lado, e a garantia da eficiência e capacidade funcional das instituições, do outro.<sup>106</sup>

Também na defesa da doutrina em estudo e destacando a sua utilidade ainda hoje, agora sob o pálio da configuração jurídica, o autor alemão Konrad Hesse<sup>107</sup> vai dizer que:

As relações de status especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas

---

<sup>105</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003., p. 515.

<sup>106</sup>NOVAIS, op. cit., p. 520.

<sup>107</sup>HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 261.



tarefas na vida da coletividade, se o status geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais, do particular, também permanecesse conservado completamente no status especial.

Segundo Hesse, que enxerga a existência de uma programação mais tênue de alguns direitos fundamentais nesses casos, se certas categorias de servidores públicos tivessem o mesmo status cívico geral da generalidade das pessoas, a Administração não poderia, por exemplo, restringir sua liberdade de expressão ao argumento do sigilo profissional, nem tampouco poderia criar – para os presos – qualquer embaraço para a sua liberdade de reunião.

Demonstrando como posiciona-se o direito alemão atualmente, o jurista registra que

Hoje existe concórdia sobre isto, que a problemática não pode ser resolvida sem uma limitação dos direitos fundamentais, que as relações de status especiais, porém, também não são eximidas simplesmente da validade dos direitos fundamentais, como isso tinha aceito a Doutrina do Direito Estatal mais antiga.<sup>108</sup>

No Brasil ainda é muito recente o estudo dessa doutrina, com destaque para Celso Antônio Bandeira de Mello, Jane Reis Gonçalves Pereira, Paulo Gonet Branco e Clarissa Sampaio Silva, os quais na linha dos países citados, trabalham o conceito como um instrumental importante para explicar a legitimidade de limitações decorrentes de variados graus de sujeição em situações havidas entre o Poder Público e seus agentes e também entre o Poder Público e demais particulares a ele vinculados.

Clarissa Sampaio Silva, em rara obra sobre assunto, fruto de sua tese de doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, formulou o seguinte conceito sobre o instituto:

Relações marcadas por vinculação diferenciada dos centros detentores de poder no tocante a alguns direitos fundamentais, com ampliação das suas competências, bem como dos deveres dos titulares dos direitos para assegurar a realização de determinados valores constitucionais institucionalmente perseguidos.<sup>109</sup>

<sup>108</sup>HESSE, op. cit., p. 261.

<sup>109</sup>SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 132.

Os elementos que inspiraram esse conceito serão oportunamente trabalhados neste espaço, ainda que a título de introdução ao debate e de iluminação de nossos passos nesse caminho ora trilhado.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, há hipóteses em que se pode cogitar a possibilidade de interferências nos direitos fundamentais, bastando para tanto que seus titulares, a exemplo de servidores públicos, militares, presos, estudantes de instituições públicas, estejam numa relação de sujeição específica perante o Poder Público, de modo a receber tratamento distinto e geralmente mais gravoso em face da generalidade das pessoas.

Essa terminologia “relações especiais de sujeição” não consta de nossa Carta Maior. Entretanto, com base nessa situação jurídica especialmente voltada para grupos determinados, é que, por exemplo, a nossa Constituição restringe o habeas corpus aos militares, art. 142, §2º, limita o direito de greve dos trabalhadores, art. 9º, caput e §1º, suspendendo direitos políticos, consoante se vê do art. 15, incisos III e V.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>110</sup>, em abordagem mais voltada ao poder de polícia sobre os administrados, admite restrições outras não sacáveis diretamente da lei, quando em foco tais relações específicas.

Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>111</sup> não parece divergir e recomenda, antes da interferência, a ponderação dos direitos fundamentais atingidos, quando ausente lei autorizativa de restrições eventualmente necessárias. *Verbis*:

As restrições dos direitos fundamentais hão de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há que se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial.

Com outros termos, lembra mais claramente que as restrições devem obediência ao princípio da proporcionalidade<sup>112</sup>:

hão de ser proporcionais, não se elastecendo necessariamente a todos os aspectos da vida do sujeito. Desse modo, a liberdade de

---

<sup>110</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 711-716.

<sup>111</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. et al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, p. 192-193.

<sup>112</sup>BRANCO, op. cit., p. 192-193.

expressão dos militares pode vir a ser contida, mas na medida em que isso for necessário à disciplina. A liberdade de expressão artística dos militares, entretanto, não é de ser necessariamente afetada. De outra parte, os presos não vão poder cobrar o direito de livre circulação e a plenitude dos direitos políticos. Mas não se justifica que se lhes recuse o direito à vida, o direito à incolumidade física, a liberdade de crença religiosa ou mesmo o direito de petição.

Aliás, sobre o princípio da proporcionalidade ou outros caminhos para aferir a legitimidade das injunções aos direitos fundamentais dessas categorias, o assunto está aberto a pesquisas, tanto que Konrad Hesse faz a seguinte provocação: “até que ponto podem ser traçados limites aos direitos fundamentais em relações de status especiais e como devem ser fundamentados esses limites, falta uma concepção uniforme.”<sup>113</sup>

Investigamos aqui a questão dos servidores públicos e alguns caminhos que podem eventualmente ser utilizados para pensar-se em injunções sobre sua liberdade profissional (imputação dos atos dos agentes ao Poder Público, supremacia do interesse público sobre o privado, discricionariedade administrativa, princípio da juridicidade e restrições com base na lei ou diretamente com base na Constituição).

### **2.1.1 A liberdade profissional dos agentes públicos**

O art. 5º, inciso XIII, da CF dispõe que “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações previstas em lei.”

Já vimos que é de aceitação geral o caráter relativo dos direitos fundamentais, sendo eles compreendidos como valores cuja essencialidade constitui marca de um regime democrático que se intitule como tal, mas que, embora nucleares, não têm o condão de dispensar a necessária e harmoniosa convivência entre seus titulares.

O dispositivo referido parece claro em trazer uma cláusula de reserva legal qualificada para admitir restrições ao princípio da liberdade profissional. Ou seja, a partir da letra fria da norma, toda e qualquer restrição ao direito fundamental enfocado somente teria lugar mediante lei e mais que isso, somente para dispor sobre qualificações profissionais.

Essa compreensão, todavia, parece acabar se chocando com o caráter relativo dos direitos fundamentais, com a teoria dos seus limites imanentes e com o fato de

---

<sup>113</sup>HESSE, op. cit., p. 261.

que “a liberdade nos direitos fundamentais não corresponde à emancipação anárquica, é autonomia moral e autorresponsabilidade na atuação social<sup>114</sup>”, como afirmou José Carlos Vieira de Andrade, trazendo ainda muitos outros problemas quando iluminada pelo instituto estudado (relações especiais de sujeição), especialmente a relação profissional dos agentes públicos com o Estado, tanto mais porque, conforme veremos, no âmbito dessas relações especiais, alguns direitos fundamentais podem se apresentar de forma diversa do que acontece fora delas<sup>115</sup>.

### 2.1.2 Da imputação dos atos dos agentes ao poder público

A velha concepção de relações especial de sujeição<sup>116</sup>, cuja maior característica era a exclusão dos agentes públicos do estatuto da juridicidade e do Estado de Direito, tinha relação próxima com a clássica teoria do órgão, no sentido de que o Estado atuava através de pessoas cuja vontade lhe era imputável, por serem eles meros instrumentos de órgãos que o compunham. Nesse sentido, a bem da felicidade geral<sup>117</sup>, tais órgãos formariam um só corpo, constituindo uma personalidade unitária, de tal maneira que entre eles (órgão e servidores públicos)

---

<sup>114</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 155.

<sup>115</sup>Nesse sentido, Clarissa Sampaio Silva lembra que “Se para os cidadãos, de forma geral, inadmissível seria a restrição, ainda que feita por lei, do exercício de determinados direitos fundamentais, para outros as mesmas injunções são toleráveis com maior facilidade. Assim por exemplo, enquanto para o servidor público cabe o estabelecimento de restrições relativas à liberdade de comércio, bem como ao exercício de outra profissão, ainda que em horário compatível com o expediente funcional, para o cidadão que não esteja inserto numa relação funcional semelhantes vedações não teriam sentido algum.” SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124-125.

<sup>116</sup>Aqui a autora traz o já superado conceito do instituto em foco “vínculos travados entre o Poder Público e o particular em que este comparecia desprovido dos trunfos representados pelas garantias do Estado de Direito, nomeadamente os direitos fundamentais, de modo que a admissibilidade de sua vigência e exercício quedava subordinada ao bom funcionamento da instituição ou serviço, regulado este, por sua vez, sem a incidência da regra jurídica, do princípio da legalidade por representar espaço de autonomia administrativa, implicando, ainda, afastamento do controle jurisdicional das medidas administrativas adotadas em seu âmbito.” SILVA, op. cit., p. 83.

<sup>117</sup>“O organicismo hegeliano representou a matriz teórica dos grandes sistemas políticos totalitários que varreram o mundo no século XX: o nazi-fascismo e o comunismo. A idéia de felicidade como um projeto essencialmente coletivo e o descaso com a autonomia (pública ou privada) da pessoa humana pavimentaram o caminho liberticida das ditaduras de direita e de esquerda, que elevaram o Estado à condição de finalidade última e suprema da vida dos cidadãos.” BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 82.

inexistiria qualquer relação jurídica<sup>118</sup>.

É certo que essa compreensão – de que os servidores enquanto tais não seriam sujeitos de direitos porque o titular dos direitos é o próprio Estado – está superada, estando a Administração Pública há muito em posição de completa submissão ao princípio da legalidade e aos direitos fundamentais, inclusive não mais podendo furtar-se ao controle jurisdicional de seus atos.

Entretanto, em que pese o Estado de Direito venha trilhando nesse sentido, situações acontecem ainda hoje no domínio interno das repartições públicas que apontam algumas barreiras nessa consolidação.

Em outras palavras, é possível que algumas categorias de servidores sejam afetadas em um ou outro direito fundamental em prejuízo ao funcionamento do órgão a que pertencem. É nesse sentido que Clarissa Sampaio Silva vai dizer que:

Nada obstante o avanço da ordem constitucional sobre os âmbitos internos da Administração, com o estabelecimento, por lei, de requisitos necessários para assegurar a regularidade da conduta dos agentes públicos, em especial quanto ao tratamento formalizado e imparcial das questões trazidas à sua apreciação, não se pode desconsiderar, decerto, a existência de relativo espaço de autonomia decisória e normativa em favor dela quanto à sua organização e funcionamento.<sup>119</sup>

Esse espaço de autonomia decisória e normativa estaria abrangido em um regime especial ou diverso das pessoas em geral, e que seria fundamental à garantia do funcionamento da própria Administração, valendo lembrar aqui os exemplos dos presos, servidores públicos e militares, entre outros, todos citados por Paulo Gonet Branco em obra já referida<sup>120</sup>, o qual sustenta comportar em dadas situações um inevitável tratamento diferenciado dos direitos fundamentais.

Clarissa Sampaio Silva indaga: se a Administração Pública está sujeita aos direitos fundamentais de igual forma e em toda e qualquer relação, como garantir, por exemplo, o “comprometimento dos militares com os deveres da caserna, se o exercício de outra atividade, ofício ou profissão, mesmo em horários livres, for permitido?”<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup>SILVA, op. cit., p. 82.

<sup>119</sup>SILVA, op. cit., p. 104.

<sup>120</sup>BRANCO, op. cit., p. 192-193.

<sup>121</sup> SILVA, op. cit., p. 123.

Enfim, em que pese a teoria do órgão em si não sirva como fundamento para supressão de direitos fundamentais dos agentes públicos, de fato não podemos negar a possibilidade de existirem campos internos de atuação da Administração que permitem receber tratamento distinto dos demais, principalmente distinto dos particulares, cuja normatização abstrata e taxativa pelo legislador parece ser de difícil alcance e implementação.

### 2.1.3 Supremacia do interesse público sobre o privado

Em que pese não trate de relações especiais de sujeição, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao cuidar do poder de polícia da Administração, traz uma classificação a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, ensinando que ela se reparte em geral e especial, sendo que a supremacia geral diz respeito a todos os indivíduos, ao passo que a supremacia especial, que é o que nos interessa, se realiza nas relações jurídicas havidas entre o “Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas.”<sup>122</sup>

Esse círculo de pessoas atua em áreas específicas, que são ocupadas por categorias de agentes públicos como os militares e os servidores públicos civis, por exemplo, os quais têm vinculação legal ou estatutária com a Administração, sofrendo afetações ínsitas a essa subordinação, que é o que caracteriza a doutrina estudada.

Temos assim as relações especiais de sujeição, as quais, na ótica de Luiz Fernando Calil de Freitas, versam sobre “relações dos indivíduos que mantém com o Estado especial vinculação de subordinação em face do desempenho de certas atividades públicas ou por se encontrarem em determinadas situações peculiares.”<sup>123</sup>

Não é outro o ensino de Hesse<sup>124</sup>, para quem as relações especiais de poder fazem nascer deveres especiais que vão além dos deveres gerais do indivíduo, ensejando ordens e injunções mais elásticas em alguns de seus direitos fundamentais, sendo tais condições “indispensáveis para a vida da coletividade”.

E a propósito dos interesses da coletividade, Hely Lopes Meireles, como muitos

<sup>122</sup>MELLO, op. cit., p. 711-716.

<sup>123</sup>FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 128.

<sup>124</sup>HESSE, op. cit., p. 259-260.

outros administrativistas clássicos, afirma que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum.<sup>125</sup>”

Entretanto, fazendo um contraponto ao paradigma do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Brasil, temos a crítica do Prof. Gustavo Binenbojm, para quem conceber a noção de interesse público como algo inconfundível com os interesses pessoais, sendo sempre superior a estes, tudo podendo legitimar, na verdade se trata de uma construção forjada sobre alicerces de inspiração autoritária, não mais resistindo à emergência do constitucionalismo, da afirmação dos direitos fundamentais e da democracia, elementos básicos do Estado democrático de direito. A ideia é que o alargado e fluido conceito de interesse público, juntamente com a:

natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais [...] impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.<sup>126</sup>

Segundo Binenbojm, “o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.<sup>127</sup>”

Defende, enfim, o professor carioca que atualmente os direitos fundamentais conquistaram status tal que não se pode mais concluir a priori a respeito da prevalência do interesse da coletividade sobre os individuais, não sem antes sopesar os direitos em confronto no caso concreto, eis que muitas vezes a realização do interesse público dar-se-á não com a primazia do interesse coletivo, mas com a preservação dos direitos fundamentais.

---

<sup>125</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo. Malheiros, 2001, p. 43.

<sup>126</sup>BINENBOJM, op. cit., p. 30-31.

<sup>127</sup>Ibidem., p. 30-31.

#### 2.1.4 A discricionariedade Administrativa

Segundo Binenbojm<sup>128</sup>, tratando de restrições a direitos fundamentais pela Administração, a ponderação entre tais direitos, “ou entre estes e interesses difusos tutelados constitucionalmente, caberá ao próprio constituinte ou ao legislador infraconstitucional, eis que a matéria é esgotada na Constituição ou fica sujeita à reserva de lei.” Ressalta que, sem previsão expressa no texto constitucional ou em lei, o Administrador poderá, entretanto, trazer delineamentos, no caso concreto ou via atos normativos, aos limites imanentes, independente de prévia mediação legislativa, claro, conferindo prioridade ou preferência à lei superveniente. Alerta, ainda na mesma página de sua obra, que nessas situações, “a limitação (ou restrição) decorre do reconhecimento de âmbitos de aplicação de direitos fundamentais extraíveis já desde a sistemática constitucional.”

E ali cita o exemplo de um ato administrativo normativo editado para controle da poluição sonora que, na ausência de lei, limita o nível de decibéis emitidos em frente a clínicas de saúde e hospitais. No caso, em que pese em jogo um direito fundamental, a liberdade de expressão, “pode a autoridade administrativa justificar o seu ato baseando-se em que não há um direito à liberdade de manifestação, em um tal nível de decibéis, que possa colocar em risco a saúde e o bem-estar das demais pessoas”. Nesse sentido, conclui seu arrazoado dizendo que se trata, “assim, de um limite imanente, direta e imediatamente extraível da sistemática constitucional, e que é apenas gizado pela Administração Pública.”

É também a posição de José Carlos Vieira de Andrade<sup>129</sup>, para quem na ausência de lei, a Administração observará “o princípio dos limites imanentes e as regras da harmonização para solução dos conflitos entre direitos e valores comunitários.”

Pensando diferente, Clarissa Sampaio Silva<sup>130</sup>, ao discorrer sobre a vinculação administrativa da Administração Pública, observa que:

A ampliação das pautas normativas (que ainda se apresentam de forma hierarquizada, com a Constituição em seu ápice; as leis e os tratados e convenções internacionais que, no ordenamento jurídico

---

<sup>128</sup>Ibidem., p. 128.

<sup>129</sup>ANDRADE, op. cit., p. 296.

<sup>130</sup>SILVA, C., op. cit., p. 50.



brasileiro são tidos, uma vez a ele incorporados, como atos normativos infraconstitucionais, logo abaixo, seguindo-se lhes então as normas administrativas [...] dificultam a admissão de espaços jurídicos livres dentro da Administração, como por exemplo a concepção tradicional das relações especiais de sujeição.

Ela até admite que o Estado-legislador, em que pese essa ampliação das pautas normativas, não consegue regular tudo de forma exaustiva. Nessa esteira, Silva concorda que nesses espaços livres da inflação legislativa,<sup>131</sup> a discricionariedade ao Administrador constitui uma janela que eventualmente pode ser acessada para dar o tom das intervenções à liberdade profissional dos agentes públicos previstas em lei, inclusive registrando a autora que atualmente já se voltou a falar na Alemanha nas relações especiais de sujeição totalmente remodeladas<sup>132</sup> e numa intersecção com a figura em estudo (discricionariedade), a começar da atividade administrativa interna.<sup>133</sup>

É nesse ambiente de regulação de atividades internas, outrora tratadas pela Administração Pública como de “operatividade caseira”, que a autora referida vai posicionar-se no sentido de que “não se pode desconsiderar, decerto, a existência de relativo espaço de autonomia decisória e normativa em favor dela quanto à sua organização e funcionamento.<sup>134</sup>” Silva lembra, inclusive, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da Espanha hodiernamente admitem a ampliação do instituto das relações especiais de sujeição para embasar certas prerrogativas do Poder Público em algumas áreas da Administração, fazendo-o com claro abrandamento do princípio da legalidade, ora através da edição de regulamentos autônomos, ora para admitir a

---

<sup>131</sup>“Ou seja, para além do sucessivo cumprimento, pelos diversos escalões administrativos, de normas jurídicas, igualmente hierarquizadas, nos quais os atos administrativos estariam na base, há uma atividade administrativa material, de realização direta e imediata dos interesses a cargo da Administração, desconsiderada na concepção normativista, e esta se ressentida, tanto em termos doutrinários e legislativos quanto de elaboração de mecanismos de controle, de maiores atenções, até mesmo porque “as operações materiais da Administração são a prova viva da existência de uma Administração atuante, para o bem e para o mal.” SILVA, C., op. cit., p. 94-95

<sup>132</sup>“Em suas formulações originais, a discricionariedade administrativa e as relações especiais tinham em comum a circunstância de representarem espaços livres de direito em favor da Administração, com o afastamento, assim, das exigências da legalidade e do controle jurisdicional. Diferenciavam-se, contudo, pelo fato de que enquanto a primeira implicava liberdade de atuação administrativa, sem se circunscrever aos domínios estaduais internos, as segundas reportavam-se aos mencionados vínculos específicos.” Ibidem., p. 158.

<sup>133</sup>Ibidem., p. 51.

<sup>134</sup>Ibidem., p. 104.

possibilidade do *bis in idem* nas sanções administrativas<sup>135</sup>.

Em outro fragmento de sua obra, Silva registra que

Há diversas vertentes dos vínculos entre a Administração e os particulares insuscetíveis de serem regulados mediante processo subsuntivo de aplicação de normas gerais e abstratas provenientes do Poder Legislativo para as correspondentes situações fáticas.<sup>136</sup>

E cita exemplos dessa assertiva, lembrando o cotidiano da sala de aula, do hospital, da penitenciária, da repartição pública: “[...] campos que devem, preferencialmente, ser preenchidos por valorações feitas pela Administração, sob pena de engessar suas práticas e transformá-la em mera executora de comandos legais.<sup>137</sup>”

Um exemplo de injunção permitida à liberdade profissional do agente público poderia ser retirado daquilo que a autora trata como “operações materiais da Administração”, ou seja, operações que, malgrado corporificadas em normas internas e até mesmo em lei<sup>138</sup>, não tem o condão de regular condutas, mas apenas produzir rotinas de dadas situações, como ilustrativamente é o caso da obrigação da adoção de regras técnicas para realização de determinadas operações materiais, como acontece para cirurgias em hospitais públicos.

Contudo, Silva não defende a compressão de direitos fundamentais por parte da Administração no campo remanescente da discricionariedade<sup>139</sup>, propugnando, ao revés, uma regulação mínima desses direitos (inclusive com observância do princípio da proporcionalidade), seja pela lei, seja pela Constituição, não podendo tal regulação mínima ser fixada de forma autônoma pela autoridade administrativa:

---

<sup>135</sup>Ibidem., p. 107.

<sup>136</sup>Ibidem., p. 121.

<sup>137</sup>Ibidem., p. 121.

<sup>138</sup>“A lei, nessa perspectiva, pode, ou mesmo deve, deixar para o administrador o preenchimento, via regulamento, das condições de realização da atividade material, levando em conta a necessidade de adotar a melhor técnica e a busca da eficiência, que nem sempre se harmonizam com uma disciplina legislativa mais rígida.” Ibidem., p. 162.

<sup>139</sup>“Em matéria, por exemplo, de direitos fundamentais, a total transferência por lei, para a Administração, da definição das respectivas hipóteses, do grau de diminuição das potencialidades deles decorrentes, colocaria os particulares à mercê dela, com subversão da escolha realizada pelo legislador constituinte no sentido de atribuir a ato emanado do Poder Legislativo a competência para disciplina das restrições, como decorrência da função de garantia dos particulares perante o Poder Público exercida pelo princípio da legalidade.” Ibidem., p. 160.

As limitações aos direitos fundamentais devem, pois, ser dotadas de fundamento legislativo, ainda que mínimo, sendo necessário ainda realizar uma inversão de perspectivas: enquanto no passado se reconheciam as relações de sujeição para delas decorrerem as consequências que lhes seriam implícitas, atualmente se deve partir da lei e apenas dela para se chegar às restrições<sup>140</sup>.

Dito de outra forma, sem base legislativa, ainda que mínima, Silva advoga não ser possível admitir quaisquer avanços da Administração sobre os direitos fundamentais, os quais, à vista de sua natureza de garantia, irradiam sua força normativa sobre toda e qualquer atividade do Poder Público.

Conforme veremos, em respeito à reserva legal trazida no inciso XIII, esta dissertação não trabalha com a possibilidade de a Administração impor qualificações profissionais não expressamente previstas na Constituição, entendendo que nesse particular a tese da aplicação direta não se harmoniza com o regime jurídico do direito fundamental em estudo.

### **2.1.5 O paradigma da juridicidade**

Como visto, os direitos fundamentais constituem o espírito do constitucionalismo, sendo característica principal do Estado Democrático de Direito, em razão disso gozando de sólida proteção na nossa Carta Maior, de modo que poderia causar arrepios cogitarmos aqui, sem maiores considerações, da possibilidade de a Administração agir com desprezo à legalidade. Mas não se trata disso. Na verdade, consoante veremos, ao Poder Público cumpre observar a juridicidade, que é um conceito mais amplo.

Há muito se convencionou e se entendeu que o princípio da legalidade significa dizer que o administrador público só pode fazer aquilo que estiver expressamente estabelecido na lei. Segundo Gustavo Binbenojm,<sup>141</sup> “tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com [...] a lei.”

Em sua obra citada, fruto de tese de doutoramento em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e adotando algo que o autor chama de uma

---

<sup>140</sup>Ibidem., p. 115-119.

<sup>141</sup>BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 27.

“concepção fraca” de paradigma para adaptá-la à ciência do direito, Binenbojm inspira-se em Thomas Kuhn para defender que o paradigma da legalidade está em crise, por conta da emergência de um candidato à sua sucessão, chamado paradigma da juridicidade, ainda em batalha de aceitação no Brasil.

Pode até se confirmar essa tese do professor referenciado, tanto mais porque a história da ciência está a demonstrar que crises podem durar muitos anos, talvez passar por muitas gerações de cientistas, até vingar o processo revolucionário de desconstrução do velho para o surgimento do novo paradigma.

Em que pese, infelizmente, o “fraco” paradigma da juridicidade (aqui tratado como candidato) ainda não goze do prestígio merecido no país, sobretudo no âmbito da Administração Pública, preferimos acreditar, no entanto, que haverá um só horizonte de ciência normal para esses dois paradigmas, os quais funcionarão juntos, cada qual finalmente cumprindo seu papel de apontar respostas às questões suscitadas, eis que, além do direito não operar com paradigma dominante, o modelo da supremacia legal (como na administração tributária e no direito administrativo sancionador, por exemplo) apresenta-se como a cristalização de conquistas históricas em favor do cidadão, ou seja, o agir do servidor ou agente público em tais casos ainda depende de previsão ou regramento legal (e é bom que o seja), até porque a própria Constituição assim prefere, de modo que em muitas situações a sua conduta é pautada única e exclusivamente na lei.

A supremacia da lei, enfim, ainda é um paradigma vigente no direito pátrio, gozando de “boa saúde” e com promessa de grande longevidade. Aliás, o próprio professor Binenbojm admite que “Apesar de a lei do parlamento, no sentido literal clássico, encontrar-se em crise, ela ainda é importante fonte do direito administrativo, sendo o meio constitucional através do qual são ordinariamente criados direitos e obrigações.<sup>142</sup>”

De qualquer sorte, o velho modelo hoje não vale mais para tudo, eis que de outro lado já entrou no radar da jurisprudência o “paradigma” da juridicidade (ainda princípio da juridicidade), algo mais amplo que o paradigma da legalidade, dado que as discussões postas a acerto ao Estado-juiz não mais se limitam à fria legalidade, sendo – em grande parte – amplificadas em prestígio à força normativa da Constituição.

---

<sup>142</sup>Ibidem., p. 147.

Explicando melhor no que consiste o paradigma da juridicidade, que é a vinculação da Administração não mais pura e simplesmente à lei, mas à Constituição, Binbenbojm vai afirmar que essa nova postura científica propõe que a atividade do Poder Público deve pautar-se (i) de acordo com a lei, se esta for constitucional, (ii) admitindo, porém, a possibilidade de obter fundamento de validade direto na Constituição, independente ou para além da lei, ou, eventualmente, (iii) justificar-se perante o direito, mesmo que contra a lei, mas com apoio em juízo de ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais<sup>143</sup>.

Entra em cena aqui a ampliada perspectiva do princípio da legalidade, a saber: o princípio da juridicidade, o qual inicialmente vinha sendo trabalhado na academia<sup>144</sup> e que de há muito goza do prestígio da jurisprudência pátria<sup>145</sup>.

Tratando da subordinação da atividade administrativa aos direitos fundamentais, observa José Carlos Vieira de Andrade<sup>146</sup> que apesar da importância da mediação legal, a qual ainda se mantém viva, “a proibição de atuação administrativa *praeter legem* não pode prejudicar a atividade administrativa de aplicação direta dos preceitos constitucionais.” E cita um exemplo, no sentido de que a Administração Pública

não pode restringir, mas pode e deve, no âmbito das suas atribuições e competências, proteger, promover e até concretizar, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias.

---

<sup>143</sup>Ibidem., p. 38.

<sup>144</sup>“Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo.” Ibidem., p. 36-37.

<sup>145</sup>“No Recurso Especial nº 1001673, o STJ assim decidiu “[...] 4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.”

“No mesmo sentido, no Mandado de Segurança nº 26.849, o STF pontuou que “[...] a rigor, nos últimos anos viu-se emergir no pensamento jurídico nacional o princípio constitucional da juridicidade, que repudia pretensas diferenças estruturais entre ato de poder, pugnano pela sua categorização segundo os diferentes graus de vinculação ao direito, definidos não apenas à luz do relato normativo incidente na hipótese, senão também a partir das capacidades institucionais dos agentes públicos envolvidos.”

<sup>146</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 224.

Não é então uma atividade de execução da lei, mas de execução vinculada da Constituição.<sup>147</sup>

E de fato parece perfeitamente possível o funcionamento conjunto desses paradigmas na seara do direito, eis que, como bem observou o professor José d'Assunção Barros,<sup>148</sup>

O universo das ciências sociais e humanas, enfim, oferece desde cedo aos seus praticantes uma complexa rede de paradigmas e posicionamentos teóricos que devem ser escolhidos, caso a caso, para a prática da produção de conhecimento em cada um dos campos de saber. Não é com a sucessão de paradigmas que suplantam uns aos outros, e que fazem a ciência avançar a partir de rupturas irreversíveis, que lidam os cientistas sociais e humanos, mas sim com a possibilidade de estabelecerem uma comunicação entre mundos distintos.

É o princípio da juridicidade entendido como reflexo da necessária constitucionalização da ordem jurídica, mas sem rupturas irreversíveis típicas das “ciências duras” e em processo de construção de mais uma matriz disciplinar na ciência do direito.

Enfim, dito de outra forma, o paradigma da legalidade caminhará normalmente com o paradigma ou matriz disciplinar da juridicidade, em que pese este último esteja ainda em fase de aceitação no país, sendo de se esperar que, mesmo com sua consolidação, ambos ao final serão aplicados a seu tempo e modo – ainda que em regime de concorrência ou tensão – a depender do caso concreto, na medida das possibilidades fáticas e dos abrandamentos necessários<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> ANDRADE, op. cit., p. 224.

<sup>148</sup> BARROS, José D'Assunção. Sobre a noção de Paradigma e seu uso nas ciências humanas. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 11, n. 98, p. 426-444, maio 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>149</sup> SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. A Ciência do Direito e Thomas Kuhn. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, n. 11, p. 282-302, jul-dez/2017.

### 2.1.6 Restrições com base na lei ou diretamente com base na constituição

Como dito na parte inicial deste trabalho, a nossa Constituição não traz uma regra geral sobre o regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais, trabalhando a doutrina e a jurisprudência com a possibilidade de que os recortes nesses direitos sejam pautados pela reserva legal simples, reserva legal qualificada e finalmente pelas reservas imanentes ou implícitas.

Nas restrições mediante reserva legal simples, a Constituição permite ao legislador ordinário impor recortes aos direitos ali previstos, conferindo tal mandato via expressões como: “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, como, por exemplo, se pode constatar do art. 5º, incisos VI, VII, XV, XLV, da CF, entre outros. Nas restrições mediante reserva legal qualificada, a Constituição estabelece o figurino dentro do qual o legislador ordinário vai se mexer, fazendo-o definindo a forma dessa restrição (pela lei) e também o seu conteúdo (delimitação dos meios e fins a atingir).

O direito fundamental à liberdade profissional é um exemplo clássico dessa categoria, eis que no art. 5º, inciso XIII, da CF, o constituinte definiu claramente o veículo da restrição (a lei) e o conteúdo dessa lei (restrição que diga respeito à qualificação profissional).

Como exemplo de restrições à liberdade de profissional previstas diretamente na Constituição, temos, dentre outros, os impedimentos a que se sujeitam os deputados e senadores, a teor do art. 54, I, “b”, e II, “a”, “b” e “c”.

A restrição de direitos fundamentais a partir de reservas imanentes ou implícitas significa dizer que tais direitos – em prestígio à convivência das demais liberdades públicas – podem eventualmente sofrer injunções negativas em seu âmbito de proteção, ainda que não exista expressa autorização constitucional nesse sentido<sup>150</sup>.

Na hipótese do art. 5º, inciso XIII, da CF, que traz um caso de reserva legal

---

<sup>150</sup> “A doutrina estrangeira trabalha com a possibilidade em nome da existência, configuração e manutenção do Estado Democrático de Direito, deduzir da própria Constituição, ainda que por nela implicitamente contida, autorização para a interposição regulamentadora (eventualmente limitadora ou restritiva) do legislador ordinário, assim como uma ampliação da margem de discricionariedade da Administração na concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que, presididos pela concordância prática e pelo dever de proporcionalidade, permitem harmonizar o interesse das liberdades jusfundamentais com o interesse da garantia da eficiência das instituições.” FREITAS, op. cit., p. 126

qualificada, com cláusulas a priori taxativas, Luiz Fernando Calil Freitas ressalva que

sempre seria insatisfatória a pretensão de apurarem-se possibilidades de limitações aos direitos fundamentais tendo por referência exclusiva o texto constitucional, fundando-se uma teoria dos limites a partir de fórmulas e cláusulas de reserva apostas na Constituição.<sup>151</sup>

Freitas admite, enfim, a possibilidade de a lei avançar e trazer outras restrições ao direito estudado, além das “qualificações profissionais”.

Nas palavras de Jorge Reis Novais<sup>152</sup>:

Essa possibilidade de restrição legítima dos direitos fundamentais existe, não por uma qualquer escolha do julgador ou do intérprete, mas porque tal corresponde à própria natureza dos direitos fundamentais em Estado de Direito que, sendo garantias fortes, fundamentais, são, todavia, constitucionalmente consagradas já no pressuposto dessa limitação intrínseca: a não ser nos casos, excepcionais, em que a Constituição fixe a respectiva garantia com um carácter definitivo, absoluto, imponderável, todos os direitos fundamentais são direitos sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação que pode conduzir à legitimação de uma restrição num caso concreto. Não é algo que esteja genericamente sujeito a escolha, a decisão ou opção, mas é uma decorrência imposta inelutavelmente pela própria natureza das garantias jusfundamentais.

Em abordagem específica sobre as relações de status especial na Alemanha, Konrad Hesse sustenta que lá os direitos fundamentais podem ser limitados, caso assim haja determinação jurídico-constitucional expressa ou pelo menos pressuposta<sup>153</sup>.

Avançando um pouco no tema por essas bandas, Clarissa Sampaio Silva<sup>154</sup> afirma que o legislador brasileiro pode eventualmente, através de lei, facultar ao Poder Público uma intervenção mais acentuada nos direitos fundamentais dos seus agentes, permitindo-lhe suprir pontos abertos via cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, inclusive admitindo a:

---

<sup>151</sup> Ibidem., p. 147-148.

<sup>152</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 274.

<sup>153</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 261.

<sup>154</sup> SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135.



possibilidade de produção normativa pela Administração,<sup>155</sup> com a excepcional admissão de restrições realizadas diretamente com base na Constituição para salvaguarda de outros direitos ou valores conecctos com as finalidades daquele vínculo e que mereçam tutela imediata.<sup>156</sup>

Em outro fragmento de sua obra,<sup>157</sup> Silva vai sustentar o seguinte:

Em suma, enquanto o fundamento mediato para instituição de relações especiais há de encontrar-se na Constituição, o fundamento imediato para operacionalizá-las situa-se no plano geral de constituição dos vínculos entre o Poder Público e os particulares e, para tanto, são válidos instrumentos como o ato administrativo, o contrato, e, nas hipóteses em que se verifica restrição de direitos que constituem situações apenas operáveis com a intervenção do Poder Judiciário, por haver reserva de jurisdição, a decisão judicial servirá como fundamento imediato.

Enfim, a autora defende que atos infralegais podem ser usados para operacionalizar as relações especiais de sujeição. Pondera, entretanto, que a Administração não pode valer-se da relação especial que tem com seus agentes para promover restrições infundadas e desarrazoadas do ponto de vista constitucional e que caracterizem expropriação da função do legislador, com usurpação de sua competência para realizar ponderações e valorações ao manejar o catálogo dos direitos fundamentais.

Assim, vê com preocupação a possibilidade de a Administração limitar direitos fundamentais dos agentes públicos com base nessas cláusulas implícitas, na medida em que eles restariam, ao fim e ao cabo:

subjugados às finalidades das instituições públicas perante as quais viessem a ser invocados, com o agravante de ser a Administração Pública a definir, nas situações concretas, as condutas e faculdades

---

<sup>155</sup> “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.814**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994. DJ 24.06.1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso: em 16 de jun. 2018.

<sup>156</sup> SILVA, C., op. cit., p. 135.

<sup>157</sup> SILVA, C., op. cit., p. 138.

que estariam fora ou dentro da linha de imanência.<sup>158</sup>

De qualquer sorte, toda e qualquer afetação dos direitos fundamentais do cidadão, seja ele agente público ou não, deve ser conduzida com absoluto cuidado, sendo de grande importância para aferir a sua legitimidade constitucional, o recurso ao princípio da proporcionalidade.

## 2.2 RENÚNCIA À LIBERDADE PROFISSIONAL PELOS AGENTES PÚBLICOS

Nesta parte do texto, assim como o fizemos com as relações especiais de sujeição, teremos a oportunidade de discutir acerca de mais uma abertura para restrições à liberdade profissional além das qualificações, daí a importância de estudarmos se de fato há espaço para renúncia a tais direitos. Nesse aspecto, importante frisar que o termo renúncia ora utilizado não tem a mesma acepção de alienação ou extinção de direitos conferida pelo direito civil, mas apenas disposição espacial e temporária de seu exercício.

### 2.2.1 Uma palavra sobre a ideia de contratualização da função pública

Segundo Thomas Kuhn<sup>159</sup>, o autor que trouxe o termo “paradigma dominante” para o campo científico, a ciência normal trabalha com a ideia de quebra-cabeças, esclarecendo-nos, com essa ilustração, como acontece o processo de solução de problemas pela ciência normal (a ciência do dia a dia), que se traduz em encaixar de forma exitosa<sup>160</sup> cada peça do jogo, com obediência às regras postas pelos adeptos do paradigma dominante, com isso sem qualquer preocupação em dar chance para sua alteração ou inovação<sup>161</sup>.

Ocorre, porém, que, por vezes, aparecem ruídos na aplicação do processo subsuntivo dos problemas ao paradigma dominante, o que acaba por relativizar o

---

<sup>158</sup>Ibidem., p. 127.

<sup>159</sup>KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

<sup>160</sup> “Pelo menos para os cientistas, os resultados obtidos pela pesquisa normal são significativos porque contribuem para aumentar o alcance e a precisão com os quais o paradigma pode ser aplicado.” Ibidem., p. 58.

<sup>161</sup> “[...] o objetivo da ciência normal não consiste em descobrir novidades substantivas de importância capital [...]”. Ibidem., p. 58.

encaixe perfeito das peças do quebra-cabeças. Surge o que Kuhn denomina de anomalia, ou seja, as peças que outrora se encaixavam perfeitamente, de repente passam a não se amoldar mais, gerando assim uma crise no modelo existente<sup>162</sup>, que é um antepasso para o surgimento de um novo paradigma dominante.

De qualquer sorte, se tal se vê nas ciências “duras” como, por exemplo, a física, temos que a ciência do direito não trabalha com paradigma dominante nem com reviravoltas extraordinárias do tipo copernicanas, lidando bem com uma convivência de paradigmas, que não se excluem reciprocamente, funcionando, ao revés, em ritmo de comunicação e colaboração, que é o que se verifica nas ciências humanas e sociais<sup>163</sup>.

Alguns autores brasileiros, a exemplo de Florivaldo Dutra de Araújo<sup>164</sup>, Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho<sup>165</sup>, Luísa Cristina Pinto e Netto<sup>166</sup> e Luís Henrique Baeta<sup>167</sup>, têm apresentado críticas ao velho paradigma que concebe a relação servidor-Estado sob os auspícios exclusivos da teoria estatutária, fazendo-o com invocação ao direito da função pública, ramo do Direito Público, os efeitos libertários e reconstrutivistas do Estado Democrático de Direito.

Na teoria estatutária ou unilateralista, a relação servidor-Estado é toda regulada pela lei, desde a formação do vínculo, que dispensaria a autonomia privada do agente, passando pelo regime jurídico, seus direitos e deveres.

---

<sup>162</sup> “Quanto maiores forem a precisão e o alcance de um paradigma, tanto mais sensível este será como indicador de anomalias e, conseqüentemente de uma ocasião para a mudança de paradigma.” KUHN, op. cit., p. 92.

<sup>163</sup>SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. A Ciência do Direito e Thomas Kuhn. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, n. 11, p. 282-302, jul-dez/2017.

<sup>164</sup>ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública**: contribuição ao tema da participação em direito administrativo. 1998. 462 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

<sup>165</sup>CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. A natureza contratual do vínculo entre o servidor público e o Estado. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 713, 18 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6859>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

<sup>166</sup>NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**: da insuficiência da teoria estatutária no Estado Democrático de Direito, 2003. 304 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

<sup>167</sup>BAETA, Luís Henrique. Consensualismo e tutela de direitos: críticas ao modelo estatutário do direito da função pública. **Revista do Caap**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1 (2008). Disponível em: <<https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/10>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

De outro lado, os defensores da ideia de contratualização no serviço público, sem pregarem o afastamento da reserva legal (inclusive nas questões essenciais) e de outras manifestações unilaterais do Poder Público, sustentam que há uma considerável presença da vontade do agente na formação e execução do labor prestado ao Estado, a qual não pode ser desprezada<sup>168</sup>. Enfim, não enxergam diferenças substanciais entre um contrato de trabalho e uma relação “estatutária”.

Essa parte, ainda que ao longe, é o que nos interessa como pano de fundo para esta dissertação.

Não vamos enveredar nesse debate da contratualização da função pública aqui – a referência é apenas para entendermos um pouco o contexto remoto de algumas de nossas reflexões nesta obra –, mas julgamos importante trazer um resumo das principais ideias dos autores citados:

- Como na relação agente-Estado, na área privada não há assim tanto lugar nem necessidade para a autonomia privada com relação à forma e conteúdo dos contratos, que é o caso dos contratos de adesão que também têm cláusulas obrigatórias apostas por uma parte e onde a possibilidade de disposição sobre seu conteúdo pela outra é praticamente inexistente. Segundo eles, em ambos os casos basta que haja autonomia ao contratar ou de se abster nesse sentido.
- Na relação trabalhista/celetista também existem normas inflexíveis segundo a ordem jurídica, inclusive os direitos fundamentais de tutela do empregado, cuja disposição refoge à autonomia das partes, e nem por isso a avença entre empregado e empregador perde sua feição contratual.
- Considerando que inexistente regulamento autônomo, não se sustenta recusar em absoluto o caráter contratual do vínculo agente/Estado, sob o singelo argumento de que a Administração produz arbitrariamente e unilateralmente normas disciplinadoras dessa relação. É que, na ótica desses autores, não se pode confundir normas editadas pelo Estado-ordem jurídica (o legislador) com o Estado-Administração, o qual, não podendo furtar-se ao Estado de Direito,

---

<sup>168</sup>“Com advento da Constituição da República de 1988, tornou-se necessário uma revisão do tradicional regime unilateral e autoritário, em face do princípio democrático que guiou o poder constituinte. A garantia de direitos sociais aos servidores públicos, como a sindicalização e o de greve, art. 37, VI e VII, demonstrou-se incompatível com a concepção estatutária, evidenciando uma aproximação da natureza contratual à função pública.”  
BAETA, op. cit., p. 8.

também deve fidelidade às leis promulgadas no país, tanto quanto sua contraparte nessa relação, o servidor.

- Ao contrário da teoria estatutária, a tese contratualista possibilita negociações coletivas dos direitos dos servidores públicos, o que se dá, p. ex., a partir da atuação sindical e da greve facultadas a esses profissionais, direitos abrangidos pela liberdade sindical, a qual “possui elevado grau eficaz e considerável carga de justiciabilidade”<sup>169</sup>.

### 2.2.2 Posição jurídica

Posição jurídica, em se tratando da teoria dos direitos fundamentais, é o direito de reclamar uma ação ou abstenção do Estado, inclusive em face de terceiros, para quem admite a aplicação ampla dos direitos fundamentais entre particulares<sup>170</sup>.

Para além daquela visão liberal clássica, cuja característica dos direitos fundamentais era marcadamente de defesa, Robert Alexy<sup>171</sup> vai trazer a ideia de direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, circunstância que empodera o cidadão no sentido de colocá-lo em situação de sujeito de direitos em face do Estado. Para tanto, ele apresenta o seguinte exemplo: (1) todos têm direito de expressar livremente [...] a sua opinião [...]. (2) “A” tem, em face do Estado, o direito de expressar livremente a sua opinião.

<sup>169</sup>MARTINEZ, Luciano. **Condutas Antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

<sup>170</sup>Sobre a regulação de direitos fundamentais entre particulares, válido trazer aqui, por sua pertinência com o tema em foco, o magistério de Luciano Martinez ao abordar o alcance da proteção constitucional à liberdade sindical, nos seguintes termos: “A vinculação dos particulares em matéria de direitos da liberdade sindical merece uma menção particularizada à sua exigibilidade nos processos legislativos privados [...] como é o caso dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho, mas também ao processo de confecção de instrumentos sem força normativa, mas que têm, por conta da autonomia individual privada, status de fonte autônoma de direitos e deveres como, por exemplo, estatutos, regulamentos e contratos, com destaque especial para o contrato de emprego. E arremata o professor: “Quem, enfim pode negar que esses atos jurídicos estão submetidos ao dever de conformação aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais?” MARTINEZ, op. cit., p. 139-140.

No mesmo sentido, “[...] tanto para a doutrina, como para a jurisprudência pátrias resta patente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da construção teórica que possa adotar como justificação [...]” ARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 594.

<sup>171</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 184-185.

A partir desse exemplo, o mestre alemão vai concluir que, se esse enunciado é correto, “A” encontra-se em posição jurídica de exigir uma ação ou abstenção do Estado no sentido de respeitar, viabilizar ou criar condições para que não haja qualquer embaraço a esse direito, que é o de expressar de forma livre a sua opinião.

Entram em pauta aqui os direitos prestacionais (prestações fáticas e normativas), que envolvem um agir do Estado para concretizar o direito fundamental reclamado, e também os chamados direitos negativos, que têm relação com uma necessária abstenção do Poder Público, no sentido de não avançar sobre a integridade desses direitos.

Nesse sentido, Alexy vai dividir tais posições jurídicas em: direito a algo, à liberdade<sup>172</sup> e à competência, esta entendida como poder jurídico de vindicar um bem da vida decorrente de regras que lhe são constitutivas. Estes dois últimos não serão abordados aqui.

Sobre direito a algo, o autor didaticamente denomina de relação triádica, ou seja, “A” tem direito em face de “B” ao direito “C”, onde “A” é o sujeito, “B” o destinatário e “C” o objeto. Ainda nessa classificação, Robert Alexy traz os direitos de defesa ou direitos a ações negativas do Estado, direitos a não embaraço de ações, direitos à não afetação de características e situações, direitos à não eliminação de posições jurídicas e direitos a ações positivas.

Ou seja, ante os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, o cidadão – agente público ou não – encontra-se com o poder jurídico (o que Robert Alexy também chama de competência), de vindicar os seus direitos em face do Estado, máxime os de caráter existencial, podendo também, o que nos interessa, de alguma forma dispor de tais direitos.

---

<sup>172</sup>A liberdade, segundo o tratamento conferido por Alexy na obra referida não é aquela faculdade em sentido amplo, quase ilimitada. Trata-se de liberdade jurídica, que é uma manifestação especial daquela, a envolver uma alternativa de ação e inação, enfim, liberdade para fazer e também para não fazer algo por meio de normas. Nesse sentido, Alexy ensina que “são inconstitucionais as normas infraconstitucionais que ordenam ou proíbem algo que uma norma de direito fundamental permite fazer ou deixar de fazer. Contudo, a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso. Ela é constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a um tal direito e/ou norma, então, ela é uma liberdade protegida.” *Ibidem.*, p. 233.

Segundo Jorge Reis Novais<sup>173</sup>, quando uma pessoa renuncia a uma posição jurídica de direitos fundamentais, “quando se vincula juridicamente perante uma entidade pública a não invocar as pretensões, faculdades ou poderes que decorrem dessa posição, está a ampliar correspondentemente os poderes da entidade pública.”

Entretanto, conforme veremos, essa faceta da posição jurídica, que envolve o poder de dispor desses preciosos “trunfos contra a maioria”, há de merecer um novo olhar do Estado e uma atenção maior ao cidadão.

### 2.2.3 Renúncia e restrições heterônomas a direitos fundamentais

Ao contrário da renúncia, que constitui ato unilateral de disposição de direitos afeta ao campo da autonomia privada, as restrições heterônomas ora tratadas são formuladas em um espaço de autonomia decisória e normativa por parte da Administração, as quais recaem em face de pessoas sujeitas a determinadas situações especiais de poder, cuja regulação abstrata e taxativa pelo legislador parece ser de difícil aplicação.

#### 2.2.3.1 Renúncia

A renúncia – na ótica da teoria estatutária ou unilateral – não é admitida nas situações havidas entre os agentes públicos, na sua relação estatutária com o Estado (entendimento de que não compartilhamos).

Primeiro, não é admitida porque, segundo seus adeptos, regra geral, a teoria estatutária não trabalha com declaração de vontade ou assentimento<sup>174</sup> do servidor em face do regime jurídico que o vincula ao Poder Público, sede em que não tem tanto prestígio a autonomia privada que, segundo a melhor doutrina, é o poder de

---

<sup>173</sup>NOVAIS, José Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 314-315.

<sup>174</sup>“A declaração de vontade é fator nuclear, condição de possibilidade, para que os negócios jurídicos sejam celebrados. Da mesma forma, na renúncia dos direitos fundamentais que impliquem renúncia jurídica e não apenas uma renúncia fática (abster-se de contestar judicialmente um tributo declarado inconstitucional, por exemplo), a declaração de vontade é elemento nuclear sem a qual o ato renunciatório não pode prosperar.” ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64

disposição das partes com efeitos jurídicos contemplados pela lei<sup>175</sup>. Segundo, porque, na ótica tradicional, a legislação de regência dos servidores submete-se ao primado da reserva legal ou reserva de parlamento, daí concluir que, se a lei não pode ser alterada por atos infralegais, com maior razão ficaria interdita qualquer modificação de uma garantia jusfundamental mediante consentimento do administrado<sup>176</sup>. Terceiro, porque, pelo menos do ponto de vista do direito civil, a renúncia é ato extintivo de direitos e implica necessariamente poder de disposição do titular<sup>177</sup>, não gozando de tais posições os servidores públicos.

Por causa dessa dificuldade em trabalhar com essa teoria e seus “furos”, é que, por exemplo, um dos mais clássicos conceitos de renúncia a direitos fundamentais passa ao largo da bipolaridade das regras e do regime “tudo ou nada” de sua aplicação, como podemos conferir no fragmento da obra de Jorge Reis Novais:<sup>178</sup>

enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinado por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública [ou privada] face às pretensões que decorriam daquela posição

O presente trabalho alinha-se, entretanto, com Virgílio Afonso da Silva, que tem uma visão diferente sobre renúncia a direitos fundamentais, não enxergando óbices no tratamento da questão. De acordo com o professor paulista, a distinção entre renúncia a direitos fundamentais e renúncia ao exercício desses direitos dá lugar para críticas, eis que referida distinção:

---

<sup>175</sup>“Não é a autonomia da vontade o poder que as pessoas têm de desencadear efeitos jurídicos voluntários. Esse poder é a autonomia privada, poder que, numa concepção positivista do direito, é atribuído pelo ordenamento jurídico aos sujeitos e que, portanto, só pode ser exercido nos limites deste.” BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro.

**Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54

<sup>176</sup>ADAMY, op. cit., p. 98.

<sup>177</sup>“O poder de disposição – e a conseqüente possibilidade de renúncia – será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a “esfera de liberdade individual” e será tão mais relativizado quanto a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental, e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal.” Ibidem., p. 82.

<sup>178</sup>NOVAIS, op. cit., p. 285.



serve, na verdade, somente para que aqueles que se apegam a características jusnaturalísticas dos direitos fundamentais – imprescritibilidade, irrenunciabilidade etc. – possam acomodar o fato de que, em diversos casos, a renúncia e até mesmo a negociação desses direitos é possível.<sup>179</sup>

O autor exemplifica essa possibilidade com a situação do eleitor que, diante da cabine de votação, exhibe a sua cédula e renuncia ao sigilo do voto; com a situação de um litigante que opta por não apelar de uma sentença, abrindo mão do duplo grau de jurisdição.

Após citar esses casos, Afonso da Silva vai afirmar, porém, que não há que se cogitar de abdicação de direitos fundamentais de forma definitiva e irreversível,<sup>180</sup> apenas da “possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação.”<sup>181</sup>

Essa última reflexão sobre o cuidado que se deve ter ao dispor sobre tais direitos parece oportuna, eis que os direitos fundamentais, por sua estatura e relevância especiais, gozando do status de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, parece não se compadecer com flexibilidades amplas e definitivas, máxime em se tratando de Poder Público, cujo histórico não tão distante foi campo fértil para avanços sobre tais direitos em termos de abusos e arbitrariedades.

José Carlos Vieira de Andrade, ao discorrer sobre o problema dos limites da disponibilidade dos direitos fundamentais que, segundo ele, somente se resolve definitivamente nos casos concretos, destaca a necessidade de separar os direitos individuais que tocam apenas a vontade do titular daqueles outros direitos individuais que estão associados a valores comunitários, a exemplo da vida, cidadania e direito do voto. Andrade ensina que:

não estarão sujeitos às mesmas condições e limites a renúncia, o acordo ou o consentimento de uma pessoa perante uma autoridade dotada de poderes públicos, perante uma entidade privada ou indivíduo que detenha um poder jurídico ou de facto, ou numa relação entre iguais.<sup>182</sup>

<sup>179</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 64.

<sup>180</sup>Ibidem., p. 63.

<sup>181</sup>Nesse sentido, a Súmula 243 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe que “a opção do funcionário público pelo regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao regime estatutário”. Ibidem., p. 63-64.

<sup>182</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 312.

Andrade conclui dizendo que:

nas duas primeiras situações, poderá ser legítimo às autoridades, designadamente o juiz, com base na ordem jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da (auto)limitação [...] provando-se a vulnerabilidade.<sup>183</sup>

Já na relação de iguais, o mestre português entende que:

os limites substanciais da autolimitação não podem ser os princípios da proporcionalidade [...], mas apenas os que sejam indiscutivelmente impostos pelo respeito do núcleo essencial dos direitos (a dignidade da pessoa humana) ou de valores comunitários básicos.<sup>184</sup>

Por fim, ainda que se argumente que, na verdade, o cidadão ao adentrar as fileiras do Estado – por concurso ou não – sabe ou deveria saber previamente o que o espera no serviço público, não podendo, portanto, alegar desconhecimento das regras, o que dizer daqueles que assumem cargos públicos cujo regime jurídico é alterado durante o curso ou exercício de suas atividades?

Logo, à vista de sua vulnerabilidade em face do Estado, independentemente de quando o agente tomou posse e entrou em exercício no cargo, além do recurso necessário à métrica da proporcionalidade para tentar verificar em que medida a liberdade profissional pode ser afetada, parece ainda importante que se prestigie a eficácia objetiva do direito fundamental ao trabalho, em ordem a proteger o trabalhador público do esvaziamento de seu direito.

No caso da liberdade profissional dos agentes públicos, importante ter em conta aqui o direito fundamental ao trabalho previsto no art. 6º, caput, da CF (de titularidade

---

<sup>183</sup>ANDRADE, op. cit., p. 312.

<sup>184</sup>Ibidem., p. 312.

ampla<sup>185</sup>), erigindo-se em sua dimensão objetiva<sup>186</sup> como um escudo de proteção contra iniciativas que amesquinham esse direito<sup>187</sup>, o qual, ainda que não gere pretensões subjetivas, tem a força de irradiar-se não só sobre a ordem jurídica, complementando ou reforçando eventuais direitos subjetivos dele decorrentes, mas também vinculando juridicamente toda a Administração Pública<sup>188</sup>.

### 2.2.3.2 Restrições heterônomas

Nas palavras de Benedita Mac Crorie<sup>189</sup>, a Administração Pública, à vista das relações típicas de sujeição, vê-se no direito de unilateralmente impor as chamadas “restrições heterônomas” a seus agentes, que é o que acontece muitas vezes, como observa Luís S. Cabral de Moncada, “no âmbito do ensino, nomeadamente do superior, aproveitando a Administração escolar o ensejo para elaborar normas independentes ou que o quase são, bem como para praticar toda uma série de actos sem parametricidade normativa.”<sup>190</sup>

É o que se dá com os militares, aos quais é imposta a obrigação de utilizar armas de fogo, assim como aos advogados públicos o dever legal de, em regra,

---

<sup>185</sup>[...] cremos que, teoricamente, é mais adequado atribuir a titularidade do direito ao trabalho a todas as pessoas humanas, relegando ao legislador (constituente ou ordinário) não o poder de concedê-la ou retirá-la, mas, sim, o de restringir (ponderadamente) a capacidade de exercício daqueles indivíduos que porventura estiverem sujeitos à sua autoridade.” GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito Fundamental ao Trabalho**. Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

<sup>186</sup>“A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 147.

<sup>187</sup>“será levado em conta, acima de tudo, a imbricação indissolúvel entre o homem e a atividade que exerce, seja ela para o desenvolvimento dos seus planos pessoais de vida [...], seja para a superação das contingências mundanas [...], seja para a produção das condições necessárias ao arrefecimento da escassez [...] que a idéia dominante do direito ao trabalho concretizar-se-á.” GOMES, op. cit., p. 114.

<sup>188</sup>HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 239.

<sup>189</sup>“Hoje é mais ou menos consensual que nestes casos [...] estamos perante [...] restrições heterônomas.” MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, p. 48.

<sup>190</sup>MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito Público**. Lisboa: Coimbra Editora, 2001, p. 227.

expressar a versão da Administração em juízo, ainda que politicamente discorde dela, aproveitando a Administração “os espaços deixados livres pela lei para aí exercer um poder que assim lhe cabe<sup>191</sup>”, esperando de seus agentes, conforme observação de Clarissa Sampaio Silva, um “voluntário compromisso de não-invocação temporária de determinada posição jusfundamental perante entidade-pública.”<sup>192</sup>

Sobre a proibição do acúmulo do cargo público com atividade privada por parte dos agentes públicos (por exemplo, vedação da advocacia privada prevista no art. 28, I, da Lei Complementar 73/93<sup>193</sup>), que é um assunto que desperta muito interesse nessa área (podendo motivar demissão do cargo), observa Caio Tácito que “a vedação contida no direito brasileiro não é, assim, exótica, nem incompatível com o postulado da liberdade profissional. As interdições inerentes à qualidade de funcionário público nascem com a investidura e [...] perecem quando cessa [...] o vínculo funcional.”<sup>194</sup>

Em suas pesquisas, Caio Tácito encontrou paralelo de tais proibições no direito comparado, a exemplo da França<sup>195</sup>, Inglaterra<sup>196</sup> e Bélgica<sup>197</sup>. Essas vedações encontram argumentos muitas vezes em questões político-legislativas de fundo meramente moral, cujo percurso hermenêutico é de difícil rastreamento e controle, sendo, enfim e de qualquer sorte, uma das cláusulas gerais utilizadas pelo Estado quando se serve desses expedientes.

Mas acontece também, e muitas vezes de forma sutil, um certo avanço nos marcos normativos em que a Administração lança mão de normas restritivas cuja

<sup>191</sup>MONCADA, op. cit., p. 228.

<sup>192</sup>SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 220.

<sup>193</sup>BRASIL. **Lei Complementar nº 73**, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 fev. 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp73.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>194</sup>TÁCITO, Caio. Servidor Público: atividade privada: proibição. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1478-1479.

<sup>195</sup>“O Estatuto Geral dos Funcionários, na França, determina, como regra, que “il est interdit à tout fonctionnaire d’exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit” (art. 9º da lei de 19 de outubro de 1946)”. TÁCITO, op. cit., p. 1478.

<sup>196</sup>“Na Inglaterra, o servidor público não pode exercer atividade privada sem autorização prévia de seus superiores hierárquicos. Em qualquer caso não a poderá realizar em prejuízo do horário de trabalho e de sua eficiência ou reputação.” Ibidem., p. 1478.

<sup>197</sup>“A incompatibilidade da função pública com outra atividade se alarga, na Bélgica, não somente à ocupação exercida pelo próprio funcionário, como pelo cônjuge, ou interposta pessoa, segundo o art. 149 do respectivo Estatuto (Revue du Droit Public et de la Science Politique, vol. LXV, nº 3, págs. 334-335). Ibidem., 1479.

natureza jurídica é muito difícil de identificar, ainda que seja muito fácil sentir os seus efeitos. Aqui não é que os agentes públicos se achem perante situações comuns a relações especiais de sujeição sem lei, acontecendo na verdade, e isso com certa regularidade, a convivência com regramentos típicos de tais relações, apesar da lei<sup>198</sup>.

De fato, é muito comum vermos a Administração invadir, sem embasamento legal, certos domínios legislativos, fazendo-o julgando ou fingindo julgar não estar “agredindo direitos ou arrogando-se poderes próprios dos quais não vê razões para abdicar<sup>199</sup>.”

### 2.2.3.3 *Distinção entre renúncia e restrições heterônomas*

A distinção básica entre restrições heterônomas e renúncia consiste no fato de que na heteronomia as normas restritivas são editadas tendo em vista alguns valores tidos como fundamentais pela Administração, criadas sem a direta e autônoma colaboração de seus destinatários, ainda que possam em algum momento beneficiá-los.

Como exemplo dessas restrições, temos o disciplinamento da carga horária semanal máxima fixada em 60 horas para a acumulação de cargos e empregos públicos, cuja validade alcança todos os órgãos da Administração Pública federal.

É o que restou fixado no Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/98, da Advocacia-Geral da União, com efeito vinculante a todos os órgãos federais por força da Lei Complementar nº 73, de 10.02.1993, art. 4º, X e art. 40, §1º. Eis, no que interessa ao assunto, o seguinte excerto:

Evidentemente que não há como conciliar o exercício simultâneo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, perfazendo uma jornada semanal superior a 60(sessenta) horas semanais. Mesmo que provado na prática o exercício de cargos médicos em horários diversos, tal situação iria de encontro às normas de proteção do trabalhador que preveem um intervalo mínimo de

---

<sup>198</sup>Aqui ele diz o seguinte: “Não estamos perante ausência da lei, mas só perante uma particular tibieza dos comandos legislativos, geradora de ampla capacidade normativa da Administração a par de um claro enfraquecimento de certos direitos subjectivos, tanto mais nítido quanto é certo que é, como é sabido, particularmente exigente o regime constitucional da respectiva proteção e restrição nos casos comuns.” MONCADA, op. cit., p. 230.

<sup>199</sup>Ibidem., p. 240.

descanso entre as jornadas, seja na iniciativa privada, seja servidor público.<sup>200</sup>

Conforme anotou o Prof. Luciano Martinez, ao discorrer sobre duração do trabalho e períodos de descanso, essa preocupação com uma jornada equilibrada se observa:

numa antiga cantiga entoada pelos operários ingleses [...]: oito horas para o trabalho, oito horas para o lazer e oito horas para o descanso, sem esquecer a ideia da justa retribuição: “Eight hours to work; eight hours to play; eight hours to sleep; eight shillings a day”.<sup>201</sup>

Ou seja, ainda que o agente tenha permissão constitucional para acumular cargo ou emprego público, tal deve ser levado a efeito com observância das normas de proteção,<sup>202</sup> especialmente aquelas que tocam o descanso, a saúde e a vida do trabalhador, não se concebendo preservadas tais normas com uma jornada semanal superior a 60 (sessenta) horas.

De acordo com Luís Roberto Barroso e Letícia Campos Velho de Martel<sup>203</sup>:

Nelas [restrições heterônomas] se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa. Como intuitivo, o conceito de ‘dignidade como heteronomia’ funciona muito mais como uma

<sup>200</sup>BRASIL. **Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/98**. Publicado no Diário Oficial da União em 01 de abril de 1998, p. 10. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/DOU/1998/04/01>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>201</sup>MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289.

<sup>202</sup>[...] A acumulação permitida de cargos públicos pressupõe, portanto, a observância da jornada semanal máxima de trabalho, princípio este de estatura constitucional, destinado a preservar a saúde do trabalhador e a qualidade do serviço público por ele desempenhado, princípios estes com relação aos quais não podem nem mesmo os interessados transigir. BRASIL. Tribunal Regional Federal. **AI 2002.01.00.038137-5/GO**, TRF1ª Região, 6ª T., Des. Fed. Maria Isabel Galotti Rodrigues, DJ de 28.04.2003, p. 265. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>203</sup>BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia Campos Velho de. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. **Blog Os Constitucionalistas**, web, 01 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso 02 abr. 2017.

construção externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la.

Com essas restrições heterônomas, a Administração leva em conta, em última análise, apenas os seus interesses, o que lembra um pouco resquícios da época em que a relação do Estado com seus servidores sequer tinha caráter jurídico.

A renúncia, por sua vez, tem relação com a livre agência do indivíduo de anuir ou não com esse estado de coisas, no pressuposto de que a Administração não mais está fora do raio de ação dos direitos fundamentais, que era a concepção original do instituto das relações especiais de sujeição na Alemanha.

Nesse novo contexto, não perde o agente a qualidade de cidadão e de sujeito de direitos ao dedicar sua força de trabalho ao Estado, não ficando desguarnecido do princípio da dignidade da pessoa humana ao escolher esse ou aquele cargo público, e já no curso desse trabalho subordinado, podendo dispor ou não, na medida do possível, sobre essa ou aquela situação envolvendo seus direitos<sup>204</sup>.

É a partir principalmente do ponto de vista do agente (compreendido como indivíduo não mais instrumentalizado e funcionalizado) e sob essa perspectiva que vamos tratar nos itens seguintes.

### 2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana tem previsão no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, constituindo fundamento para todo o agir do Estado, projetando sua importância capital e conformadora para todos os ramos do direito, “seja nas relações existenciais, como no direito de família e nos direitos de personalidade, seja nas relações entre o indivíduo e o Estado [...]”<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup>É o exemplo do Programa de Desligamento Voluntária (PDV) previsto aos servidores públicos federais do Poder Executivo pela Medida Provisória 1.917/99 (substituída pela 2.174/01), inclusive com a possibilidade da adesão à carga horária reduzida como pressuposto para, em caráter excepcional, o exercício do comércio, gerência e administração de empresas.

<sup>205</sup>BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83.

### 2.3.1 Limites e restrições à liberdade profissional e dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana pode, por exemplo, constituir apoio para restrições ao exercício profissional de pesquisadores cujo objeto de investigação é o ser humano, fazendo-o em nome das normas da Bioética, a exemplo do que sumarizaram Roberio Nunes dos Anjos Filho e Paulo Henrique de Oliveira:

A prática de inúmeras violações ao ser humano, sob o álibi do interesse científico, levadas a cabo no período da Segunda Guerra, trouxeram à tona a questão da ética na pesquisa, evidenciando a necessidade de priorizar a dignidade humana e de refletir acerca da regulamentação e dos limites da pesquisa em seres humanos, gerando uma série de normas internacionais e nacionais, a exemplo do Código de Nuremberg, da Declaração de Helsinque e, no Brasil, da Resolução n. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;<sup>206</sup>

Essa compreensão prestigia a centralidade do valor dignidade da pessoa humana, cuja *ratio essendi* da Administração Pública é o próprio cidadão “considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana”<sup>207</sup>.

Com isso não se está a defender que os servidores pesquisadores deixam de ser sujeitos de qualquer autonomia – que é o poder de escolha como expressão da dignidade da pessoa humana – porque a titularidade de direitos nessa relação recai, segundo referida teoria do órgão, apenas na pessoa do Estado, ficando tais agentes assim sem margem de disposição e ao desabrigo desse direito fundamental, até porque a Administração Pública deve guardar proximidade e obediência a essa liberdade, dela não podendo fugir.

<sup>206</sup>OLIVEIRA, Paulo Henrique; ANJOS FILHO, Roberio Nunes dos. Bioética e Pesquisas em Seres Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 1187-1227, jan./dez. 2006. Disponível em:

<<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>207</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: Uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 159.



Tratando da liberdade profissional dos professores, referida questão não passou despercebida ao trabalho de Luís S. Cabral de Moncada<sup>208</sup>, o qual destacou o seguinte exemplo:

É o que sucede claramente no âmbito do ensino, especialmente do universitário. Uma excessiva cobertura legislativa deste ensino ignorava as suas particularidades, nomeadamente as valias científicas e pedagógicas do professor, que só podem ser convenientemente valorizadas num contexto de ampla liberdade, até porque de relações dialógicas se trata, irredutível no essencial a uma disciplina normativa.

E continua o mestre português:

Não são apenas problemas de legitimação democrática, reconduzíveis à lei, que se colocam no âmbito do ensino. Colocam-se também problemas de legitimação científica e pedagógica, irresolúveis sem liberdade<sup>209</sup>.

É possível, portanto, conjugar na ciência a dignidade da pessoa humana com o fato de o agente público usufruir de sua liberdade profissional, fazendo-o por intermédio de sua liberdade de ação e autodeterminação de interesses, até porque, como observou Roxana Borges, “Se se nega a autonomia a uma pessoa, nega-se-lhe a sua dignidade<sup>210</sup>”.

Para tanto, a Administração vale-se de instrumentos normativos (nem sempre primários, frise-se) para disciplinar essa possibilidade, como é o caso da Resolução nº 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde:

IV – [...]

O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe com consentimento livre e esclarecido dos participantes, indivíduos ou grupos que, por si e/ou por seus representantes legais, manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

Entende-se por Processo de Consentimento Livre e Esclarecido todas as etapas a serem necessariamente observadas para que o convidado a participar de uma pesquisa possa se manifestar, de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida.

V.1 - A etapa inicial do Processo de Consentimento Livre e Esclarecido é a do esclarecimento ao convidado a participar da pesquisa, ocasião em que o pesquisador, ou pessoa por ele delegada e sob sua responsabilidade, deverá:

<sup>208</sup>MONCADA, op. cit., p. 231.

<sup>209</sup>MONCADA, op. cit., p. 231.

<sup>210</sup>BORGES, op. cit., p. 145.

- a) buscar o momento, condição e local mais adequados para que o esclarecimento seja efetuado, considerando, para isso, as peculiaridades do convidado a participar da pesquisa e sua privacidade;
- b) prestar informações em linguagem clara e acessível, utilizando-se das estratégias mais apropriadas à cultura, faixa etária, condição socioeconômica e autonomia dos convidados a participar da pesquisa;
- e
- c) conceder o tempo adequado para que o convidado a participar da pesquisa possa refletir, consultando, se necessário, seus familiares ou outras pessoas que possam ajudá-los na tomada de decisão livre e esclarecida.<sup>211</sup>

A dignidade da pessoa humana aparece aqui de forma prática, no campo das pesquisas com seres humanos, como lastro para restrição à liberdade profissional.

Agora, porém, vamos estudar a dignidade da pessoa humana como barreira àquele que anui com afetações gravosas em sua liberdade de trabalho, de modo que essa renúncia não redunde, ao fim e ao cabo, em aniquilamento desse direito fundamental<sup>212</sup>.

Segundo Pedro Augustin Adamy<sup>213</sup>: “a dignidade serve também como fundamento da possibilidade de renúncia a direito fundamental, uma vez que garante aos indivíduos a possibilidade e a liberdade de auto-restrição ou autodeterminação de seus interesses.”

Já observado que a linha esposada neste trabalho é no sentido de que a renúncia, como preconizado pela teoria contratualista, regra geral é possível, sim, em se tratando das relações entre o Estado e seus agentes. É que não se pode defender até as últimas consequências a teoria do órgão como vetustamente ensinada no direito administrativo, no sentido de que seus agentes são apenas instrumentos para realização do papel do Estado, formando com ele uma personalidade unitária e sem qualquer autonomia. Mas isso tem limites.

Os limites estão na dignidade como heteronomia, a qual, à vista de valores sociais de grande apreço, acaba por fundamentar uma limitação à liberdade do

---

<sup>211</sup>BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde. Resolução 466/12**. Diário Oficial da União, 12 de dezembro de 2012. Disponível em:

<<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>212</sup>ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 148.

<sup>213</sup>ADAMY, op. cit., p. 148.

indivíduo de adotar condutas próprias que possam comprometer a sua dignidade e o próprio direito que se pretende exercer<sup>214</sup>.

Jose Carlos Vieira de Andrade<sup>215</sup> lembra que “um tipo de situações especiais de restrição da liberdade é o que engloba as restrições justificadas pela proteção legislativa, dos indivíduos contra si próprios.” Continua Andrade a dizer que, nesses casos “trata-se, em regra, de proteger a integridade física (saúde) ou o patrimônio da própria pessoa, por exemplo, prevenindo o abuso de tabaco, álcool e medicamentos, a realização de desportos, atividades e práticas violentas ou excessivamente arriscadas.”<sup>216</sup>

A dignidade da pessoa humana, em que pese sua relevância nuclear para o nosso constitucionalismo, por não militar no âmbito do tudo ou nada, característica das regras, mas ostentar marcas típicas de um mandamento de otimização, na verdade, embora com peso significativo, apresenta-se como um princípio com todas as implicações decorrentes da teoria dos direitos fundamentais.

Segundo Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização cuja satisfação se dá em graus variados, apresentando estreita e direta dependência das possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>217</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode sustentar toda e qualquer pretensão do agente, inclusive aquela que, ao fim e ao cabo, resulte em prejuízo a si próprio<sup>218</sup>, eis que não se trata de uma norma que agasalha direitos absolutos, não se apresentando com tal amplitude em se tratando de liberdade profissional. Ele, enquanto princípio, tem limites, que são de ordens fáticas e jurídicas.

Sobre as possibilidades fáticas, Adamy pontua que o assentimento do titular do direito “não tem o condão de afastar o controle sobre o conteúdo da conduta em relação à dignidade humana. [...] Em outras palavras: a garantia da liberdade e autonomia individuais não autoriza os indivíduos a realização de quaisquer atividades”<sup>219</sup> que importem em supressão do próprio direito fundamental.

---

<sup>214</sup>BARROSO; MARTEL, op. cit., p. 39.

<sup>215</sup>ANDRADE, op. cit., p. 296-297.

<sup>216</sup>Ibidem., p. 297.

<sup>217</sup>ALEXY, op. cit., p. 91

<sup>218</sup>“Será também a defesa da pessoa contra si própria que está em causa (explícita ou implicitamente) nas situações em que o Estado não permite que o indivíduo disponha dos seus direitos fundamentais num determinado sentido, não havendo interesses públicos ou de terceiros que justifiquem essa restrição”. MAC CRORIE, op. cit., p. 130.

<sup>219</sup>ADAMY, op. cit., p. 151.

Com relação às possibilidades jurídicas, que tem a ver com a aplicabilidade de outros princípios à mesma hipótese, gerando uma colisão entre princípios de igual envergadura constitucional, a dignidade da pessoa humana invocada pelo agente há de passar pelo crivo do juízo de ponderação, a exemplo do que ocorreu com o caso clássico citado na literatura jurídica (competição de arremesso de anões), que foi o julgamento proferido pelo Conselho de Estado francês, sede em que restou decidido que a dignidade da pessoa humana, por sua centralidade e relevância, não poderia ser desprezada pelo anão.

O julgamento tratou de uma denúncia de que anões estavam sendo pagos por uma danceteria francesa, a qual, para entreter os seus clientes e frequentadores, semanalmente fazia uma competição, cuja regra previa prêmios àquele que conseguisse arremessar o anão o mais distante possível. Essa prática, aparentemente inofensiva, foi censurada pelas autoridades locais, tendo, após muita polêmica, chegado à apreciação do Conselho de Estado francês, o qual confirmou a decisão administrativa, proibindo a aludida competição. O fundamento da decisão consistiu em afirmar que a dignidade da pessoa humana, à vista de sua importância acima do indivíduo, não poderia ser violada pela danceteria, ainda que com o consentimento do cidadão.

Vê-se, assim, que o exercício do direito caminhava em sentido contrário a seu suporte fático e ao espírito da norma, eis que desconsiderava o seu valor instrumental para a dignidade do trabalhador, pelo que andou bem o Estado em não permitir que as contingências da vida, na espécie o desemprego e as dificuldades financeiras, dessem azo ao asfixiamento suicida desse direito.

Ainda no sentido da mitigação da autonomia privada do trabalhador, em outro caso conhecido da academia, dessa vez julgado pela Corte Constitucional alemã, entendeu-se que o *peep-show*, no qual a mulher apresenta-se nua em uma cabine como objeto de satisfação sexual dos expectadores, deveria ser proibido, eis que, à vista da degradação a que se submetia aquela profissional, tal prática violaria a dignidade da pessoa humana.

Restrições de autodeterminação em situações desse gênero seriam perfeitamente possíveis de encontrar, se pudéssemos aprofundar a nossa pesquisa, bastando citar, apenas para ilustrar, a necessidade de a Administração tutelar o direito à vida de um profissional de Estado disposto a fazer experiências de alto risco em um laboratório ou em um campo de batalha no morro mais perigoso da cidade. Nesse

nível, como ilustra Pedro Augustin Adamy<sup>220</sup>, “não há como não exercer o direito à vida sem que o direito seja, em si mesmo aniquilado.”

De outro tanto, temos também a concepção de dignidade como autonomia, a qual leva em conta somente o valor do indivíduo enquanto sujeito de direitos de liberdade e de direitos fundamentais. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel trazem o seguinte exemplo:

A limitação consentida de tratamento (LCT) constitui uma das políticas públicas cruciais para a dignidade da pessoa humana no final da vida. Pacientes terminais, em estado vegetativo persistente ou portadores de doenças incuráveis, dolorosas e debilitantes, devem ter reconhecido o direito de decidir acerca da extensão e intensidade dos procedimentos que lhe serão aplicados. Têm direito de recusar a obstinação terapêutica. Nesse contexto, a omissão de atuação do profissional de saúde, em atendimento à vontade livre, esclarecida e razoável do paciente ou de seus responsáveis legais, não pode ser considerada crime. Não há, na hipótese, a intenção de provocar o evento morte, mas, sim, de impedir a agonia e o sofrimento inútil. A imposição de tratamento, contra a vontade do paciente e contra o que a equipe médica considera recomendável, viola a autonomia dos indivíduos e dos profissionais.<sup>221</sup>

Na ótica dos autores, a imposição do tratamento também viola a dignidade pessoal do profissional médico e de sua equipe, na medida em que despreza as suas convicções e a vontade do paciente incurável que deseja gozar de seu direito de morrer, daí entenderem que não deve o médico agir diferente nesse quadro dramático<sup>222</sup>, abrindo mão de sua liberdade profissional<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup>Ibidem., p. 44.

<sup>221</sup>BARROSO; MARTEL, op. cit., p. 35.

<sup>222</sup> A Resolução nº 1805/2006, do Conselho Federal de Medicina (D.O.U., 28 nov.2006, Seção I, p. 169 ), dispõe que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

<sup>223</sup>A prof<sup>a</sup>. Maria Elisa Villas-Bôas afirma, nessa linha, que “não procede considerar que o médico que deixa de tentar a reanimação em paciente sem indicação da medida aja em conduta delitiva, pois não se pode obrigar a atribuição de adicional e infrutífero sofrimento a alguém, a cuja vida a natureza já se dispunha a pôr termo, sem que a ciência possa efetivamente, combatê-lo. [...]” E sobre a liberdade profissional, registra que “também não se pode olvidar a autonomia profissional de decidir a respeito da inadequação de determinada terapêutica, acautelando-se, para isso, com a oitiva de colegas especialistas e com a realização de exames precisos, a fim de salvaguardar a correção diagnóstica que justifica e embasa sua opção [...]” VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54.

## 2.4 DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade servem de apoio para autorrestrições ou renúncias a direitos fundamentais, funcionando a renúncia como “instrumento legítimo de desenvolvimento da personalidade, sendo legitimada e suportada por ela.”<sup>224</sup>

### 2.4.1 Limites e restrições à liberdade profissional e direitos de personalidade

Segundo Pedro Augustin Adamy, a renúncia pode ser vista como uma maneira de o próprio cidadão contornar e configurar a sua dignidade e liberdade, na medida em que, “Ao renunciar a determinadas posições jurídicas, o titular do direito fundamental está, legitimamente, buscando desenvolver todas as suas potencialidades, ou aquelas que acredita desenvolver.”<sup>225</sup>

No caso da liberdade profissional prevista no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, a ideia aqui é que, de alguma maneira, há um poder de disposição conferido aos agentes públicos que se fundamenta no conteúdo de autonomia ínsito nesse direito.

Nesse sentido, Benedita Mac Crorie vai dizer que:

Assim, quem defende que o direito ao desenvolvimento da personalidade é o fundamento do poder de disposição individual sobre posições jurídicas de direitos fundamentais parte de uma concepção deste direito como compreendendo a autonomia individual e a autodeterminação, conferindo a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida. Para esta posição o direito ao desenvolvimento da personalidade protege, em termos gerais, a faculdade de cada pessoa dispor das suas posições jurídicas de direitos fundamentais.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup>ADAMY, op. cit., p. 158.

<sup>225</sup>Ibidem., p. 158.

<sup>226</sup>A autora portuguesa registra que “A doutrina não é unânime na resposta a dar à questão de saber em que preceito ou preceitos se deve fundamentar o poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais. Tem-se entendido que o poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, de um autónomo direito ao desenvolvimento da personalidade, destes dois em conjunto, ou ainda do conteúdo de autonomia presente em cada um dos direitos fundamentais em especial.” MAC CRORIE, op. cit., p. 67-98.

José João Abrantes<sup>227</sup>, em que pese tratar de vínculos privados entre empregados e empregadores, lembra que, “na empresa, o trabalhador não deixa de ser um cidadão como qualquer outro e, por isso, a sua liberdade deve manter-se na máxima extensão possível, isto é, até onde não colida com as exigências próprias da finalidade em concreto da empresa e dos deveres contratuais”.

Aliás, essa faceta mais ativa em favor do cidadão, independentemente da posição que ocupa na sociedade e do regime jurídico que emprega o seu labor profissional, não passou despercebida de Roxana Borges, para quem o direito de personalidade não tem somente caráter de liberdade negativa, no sentido de instar uma abstenção do Estado, chamando-nos a atenção no sentido de que

nos direitos de personalidade como direito de liberdade positiva, verificaremos que são as noções de autonomia jurídica individual em sentido amplo e de autonomia privada e, portanto, de direito privado, que são necessários para uma tutela adequada.<sup>228</sup>

E é com base nessa liberdade que, por exemplo, um advogado público redige profissionalmente ao longo de toda a sua carreira uma infinidade de textos (petições, pareceres, pesquisas etc.), os quais passam a incorporar o acervo ou banco de peças de uma Procuradoria, dispondo ou consentindo livremente de seus direitos autorais de personalidade<sup>229</sup>, mesmo inexistindo qualquer regulamentação legal do assunto.

Pertinente, com efeito, trazer o seguinte fragmento da obra de Roxana Borges<sup>230</sup>:

Na maioria das hipóteses, o exercício positivo dos direitos de personalidade não invade a esfera jurídica alheia e, havendo consequências danosas ou lesivas para alguém, serão para o próprio agente, não para terceiros. Além do mais, o que alguém pode considerar danoso ou lesivo pode não ter esse significado para o próprio agente. Não são direitos que põem em risco a organização socioeconômica de uma coletividade. Assim, o indivíduo deve ter liberdade em sua atuação privada, principalmente se sua atuação não atingir direitos de terceiros.

---

<sup>227</sup>ABRANTES, João José. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 189.

<sup>228</sup>BORGES, op. cit., p. 59.

<sup>229</sup>Ainda segundo Roxana Borges, o direito autoral de personalidade foi posto no rol dos direitos de personalidade na classificação de Pontes de Miranda. Na p. 30 da mesma obra, lembra que Ranan Lotufo classifica os direitos morais sobre as criações pela inteligência como direito de personalidade. *Ibidem.*, p. 29.

<sup>230</sup>BORGES, op. cit., 108.

Parece correto, portanto, entender que o livre exercício dos direitos de personalidade presta-se para embasamento de disposições e ressignificações que gravitam em torno da liberdade profissional.

De outro lado, João José Abranches concorda que a:

relação de trabalho gera um complexo de direitos e de obrigações com uma especial aptidão para condicionar o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, podendo mesmo dizer-se que os direitos da pessoa humana têm, no âmbito dessa relação, uma vigência debilitada.<sup>231</sup>

Essa vigência debilitada, entretanto, não autorizaria uma ampla conformação autorrestritiva sobre os direitos de personalidade, de modo que essa decisão pessoal do servidor resvale em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados que corporificam valores tidos em alta conta e que são assim sedimentados ao longo do tempo e cuja essencialidade goza do prestígio da sociedade e tutela do Estado.

Os direitos de personalidade que nos interessam aqui, e que escapam ao ímpeto autorrestritivo do servidor, têm relação com aquilo que a doutrina convencionou batizar de eficácia mínima dos direitos fundamentais.

Sobre os direitos de personalidade, Pedro Augustin Adamy lembra que “até que ponto podem os direitos fundamentais ser objetos de renúncia pelo seu titular é o resultado da subtração entre a necessidade de se garantir a eficácia do direito e a também necessária liberdade de ação dos titulares destes mesmos direitos [...]”.<sup>232</sup>

Ressalta a Prof<sup>a</sup>. Roxana Borges<sup>233</sup> que, entre os principais dispositivos constitucionais abertos a debate sobre os direitos de personalidade, está o direito fundamental à liberdade profissional (art. 5º, inciso XIII, da CF). Contudo, em que pese tal direito esteja no âmbito dos direitos de personalidade (defendemos também sua ligação com a dignidade da pessoa humana), nem por isso os cidadãos que queiram assumir alguns cargos públicos, a exemplo de advogado da União, juiz ou promotor,

---

<sup>231</sup>ABRANTES, op. cit., p. 183.

<sup>232</sup>ADAMY, op. cit., p. 126.

<sup>233</sup>Como já foi exposto, “os principais 'dispositivos constitucionais para a discussão sobre a disponibilidade dos direitos de personalidade encontram-se nos incisos (...) IX (a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação), o inciso X (a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem), o inciso XIII (a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão), dentre outros.” BORGES, op. cit., p. 134.



estão cerceados no seu direito de anuir com a restrição de exercer cumulativamente a esses ofícios, a advocacia privada.

Com efeito, essa autodeterminação do cidadão que voluntariamente toma posse nessas carreiras de Estado, parece que não há dúvidas, está no âmbito do limite permitido, assim como também está dentro do permitido um advogado consentir em não militar no Tribunal Eleitoral onde foi nomeado juiz ou ministro.

E a medida dessa limitação, parece-nos correto concluir nesse sentido, é esse núcleo duro e intangível dos direitos fundamentais, o qual, justamente por estar a salvo de restrições legais, está livre e protegido também para qualquer iniciativa pessoal nesse sentido.

E assim arremata Pedro Augustin Adamy<sup>234</sup>:

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais apresenta-se, também na renúncia, como limite absoluto de ingerência, definindo a última barreira até onde a renúncia é permitida. Em outras palavras, o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, independentemente das razões oferecidas ou dos benefícios previstos na hipótese legal, constitui óbice à renúncia.

Em outras palavras, como averbou o autor referido<sup>235</sup>, qualquer disposição “somente poderá ser operada até o limite onde poderia chegar a lei restritiva do mesmo direito,” raciocínio que nos permite pensar, considerando a métrica da proporcionalidade como limite aos limites a direitos fundamentais, em situações absolutamente interditas à autocontenção pelo agente (como é o caso do mínimo essencial, da violação a direitos de terceiro e da Administração), bastando para tanto que esse ato de disposição de direitos se afigure inadequado, desnecessário e afronte a proporcionalidade em sentido estrito (juízo de ponderação)<sup>236</sup>.

Enfim, o estudo das bases e do alcance dos direitos fundamentais, considerando a sua estratégica importância para o nosso constitucionalismo, parece

---

<sup>234</sup>ADAMY, op. cit., p. 202.

<sup>235</sup>Ibidem., p. 131.

<sup>236</sup>“Verificada a existência de uma restrição, há, a seguir, que apurar, em primeiro lugar, da autorização constitucional expressa ou, se ela não existir, da justificação constitucional para restringir com base no que temos designado por reserva geral imanente de ponderação que afecta a generalidade dos direitos fundamentais, e, em segundo lugar, eventualmente passado o primeiro teste, verificar se a restrição observou os chamados limites aos limites dos direitos fundamentais.” designadamente o princípio da proibição do excesso.” NOVAIS. Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 278.

estar sempre aberto a vivenciar e experimentar recomeços e reconstruções (o que não é ruim para a ciência do direito, muito pelo contrário), tanto mais em se tratando das relações travadas entre a Administração e seus agentes, sede em que o processo silogístico entre os fatos e as leis praticadas no âmbito das repartições públicas acaba deixando muitas lacunas e interrogações.

Essas interrogações muitas vezes decorrem do fato de o servidor, que não é mais apenas uma peça na engrenagem estatal, agora resistir em conviver com os resquícios da vetusta teoria do órgão e do instituto das relações especiais de sujeição como concebido na origem, tempo em que era tratado como se não existisse em sua dignidade e direitos, como se não fosse equiparado, guardadas as devidas proporções, a qualquer outro cidadão que exerce um trabalho subordinado.

Ao tratar sobre renúncia à liberdade profissional pelos agentes públicos, podemos perceber que as injunções estatais sobre essa garantia fundamental não mais podem explicar-se única e exclusivamente com recurso às doutrinas citadas (teoria do órgão e relações especiais de sujeição), assim como também não mais se revela suficiente afirmar que os agentes – como seres funcionalizados e autômatos – renunciam mecanicamente a parcelas desse direito fundamental, só pela assunção do cargo.

As restrições heterônomas – nas quais a Administração impõe onerações em nome de conceitos jurídicos indeterminados a seus agentes, inclusive em favor destes – até podem justificar-se e encontrar assento constitucional. Entretanto, não se pode esquecer que do outro lado, como contraparte da relação, está o agente público, cujos influxos do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, estão a lhe autorizar e permitir – respeitado o conteúdo essencial, os direitos de terceiros e do Estado – o poder de renunciar ou dispor, em alguma medida, de seus direitos.

### 3 PARÂMETROS DE CONTROLE DOS LIMITES E RESTRIÇÕES

Neste terceiro e último capítulo, pretendemos trazer alguns parâmetros de controle da juridicidade dos limites e restrições ao direito fundamental em apreço, abordando o figurino previsto no art. 5º, XIII, c/c os arts. 22, XVI e 48 da CF, passando pela excepcionalidade das afetações, a proibição de afronta ao núcleo essencial, a igualdade e, por derradeiro, a observância da métrica da proporcionalidade.

#### 3.1 OBEDIÊNCIA AO ART. 5º, XIII, C/C OS ARTS. 22, XVI E 48 DA CF

Não é possível impor qualificações profissionais à liberdade de trabalho fora da reserva legal ou sem partir da lei. E a reserva legal pode vir a ser concretizada inclusive por Medida Provisória, que tem força de lei, observados os limites materiais e formais previstos nos art. 52, §1º, I, c/c o art. 62, §§3º e 4º, ambos da CF.

Segundo Dimoulis e Martins,<sup>237</sup> lei aqui abarca as leis complementares, ordinárias e delegadas, todas com capacidade para limitar os direitos fundamentais, excluindo “a Emenda Constitucional [que] não se inclui no mecanismo da reserva legal, já que a limitação de um direito fundamental mediante Emenda modifica diretamente a área de proteção estabelecida pela Constituição.”

E lei no sentido formal e material é aquela norma positivada segundo o processo legislativo previsto a partir do art. 59, da Constituição Federal, sendo intuitivo de logo rechaçar, sob pena de inconstitucionalidade por vício formal, qualquer possibilidade de restrições à liberdade profissional tão-somente com base em Portarias, Resoluções e quejandos.

No âmbito do serviço público, é como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “inexistindo previsão legal quanto à obrigatoriedade do registro do perito no órgão de classe, não cabe a exigência desse registro para a investidura no cargo de perito da Polícia Federal, tampouco para o exercício da função de Perito oficial.”<sup>238</sup>

<sup>237</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162.

<sup>238</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.814**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994. DJ 24.06.1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso: em 16 de jun. 2018.

Estamos aqui ante a uma barreira ao ímpeto restritivo da Administração Pública, a qual não pode em editais de concursos, por exemplo, trazer óbices ao exercício profissional daqueles que desejam ocupar cargos públicos, a não ser quando previstos em lei. Com efeito, “a exigência de especificidade, no âmbito da qualificação, para a feitura de concurso público não contraria o disposto no inciso XIII do art. 5º, da CF, desde que prevista em lei e consentânea com os diplomas regedores do exercício profissional<sup>239</sup>

Assim, a restrição deve pautar-se no art. 5º, inciso XIII, especialmente quando aponta a via legal, e no art. 22, inciso XVI, c/c o art. 48, todos da CF, em ordem a observar que a organização do sistema nacional de emprego assim como a imposição de condições para o exercício de profissões são matérias da competência privativa da União, sem olvidar que, a teor do art. 48, ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe dispor acerca do assunto.

É claro que, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os Conselhos de Classe não podem se valer de regulamentações a que constitucionalmente estão sujeitas certas profissões para trazer exigências que não constam dos requisitos necessários ao cargo público, a exemplo de um contabilista aprovado no concurso de auditor-fiscal da Receita Federal, que se viu instado pelo Conselho a inscrever-se em seus quadros, em que pese o cargo fosse aberto a qualquer diplomado de nível superior.<sup>240</sup> Enfim, se o edital de seleção para o exercício

---

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.733**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-2-1994, *DJ* de 8-4-1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85601>>. 16 de junho de 2018.

<sup>240</sup>EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. CARGO QUE EXIGE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, MAS NÃO DEMANDA A ESPECIALIZAÇÃO EM CONTABILIDADE. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO REFERIDO CONSELHO. O cargo de auditor fiscal exige apenas diploma de curso superior concluído em nível de graduação, sem determinar obrigatoriedade de diplomação no curso de contabilidade (a esse respeito, confira-se o Edital ESAF n. 34, de 29 de setembro de 2003, Concurso Público para Auditor Fiscal da Receita Federal). Nessa linha de raciocínio, vide o REsp 708.680/RS, da relatoria deste Magistrado, j. em 22.02.2005 (cf. Informativo de Jurisprudência STJ n. 236, de 21 a 25 de fevereiro de 2005).

Dessa forma, deve ser mantido o entendimento firmado pela Corte de origem, segundo o qual, “*exercendo o cargo em epígrafe, o apelado não está, propriamente, desempenhando funções privativas de bacharel em ciências contábeis ou de técnico em contabilidade, cujo desempenho exija controle profissional de parte do apelante*” (fl. 143).

Recurso especial improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 653744/RS**. 2ª Turma. Rel. Min. FRANCIULLI NETO, DJ 09/05/2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre="+653744&processo="+653744&&tipo](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=)

de uma determinada atividade não limita as vagas a uma profissão específica, de fato não parece cabível a obrigatoriedade da inscrição do candidato aprovado no conselho profissional respectivo.

De outro tanto, por realçar uma particularidade do assunto ora tratado, facultando qualificações a partir da lei, chama-nos atenção o julgamento da (in)constitucionalidade do Exame de Ordem (RE 603.583), sede em que o Supremo chancelou a seleção atacada, evidenciando ser possível<sup>241</sup> admitir-se eventuais restrições no tocante a qualificações profissionais por meio de normas infralegais a serem criadas pelos Conselhos Profissionais (como aconteceu com o Provimento da OAB), desde que esses gravames tenham autorização de lei em sentido formal e material, a teor do disposto na Constituição.

De acordo com o Min. Marco Aurélio, relator, o artigo 8º, §1º do Estatuto da Advocacia “reclama edição de genuíno regulamento executivo (ou de execução), destinado a tornar efetivo o mandamento legal. A Constituição Federal não impôs a reserva absoluta de lei para a restrição à liberdade de profissão, tal como fez quanto aos crimes, penas e tributos [...]”.<sup>242</sup>

Em outro fragmento do mesmo voto, o Ministro conclui pela impossibilidade de exigir-se que os regulamentos executivos constituam “mera repetição daquilo que está na lei, sob pena de retirar-lhes completamente o sentido e a utilidade. Ao reverso, há de reconhecer-lhes certo espaço normativo, embora limitado, atinente à integração entre a obrigação legal e a realidade concreta<sup>243</sup>

---

\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16 jun. 2018.

A julgar por esse raciocínio, e para ilustrar essa possibilidade com relação a muitos outros profissionais no serviço público, é cabível a Ordem dos Advogados do Brasil exigir permanente registro em seus quadros dos membros da Advocacia-Geral da União, já que os editais de concursos do órgão assim o preveem como requisito básico para investidura no cargo. CONCURSO 2015. **Advocacia-Geral da União**, 14/07/2015. Disponível em:

<[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/339774](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/339774)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

<sup>241</sup>Na ADI 3.026/DF, o STF vê diferenças entre a OAB e os demais Conselhos Profissionais. Cf. art. 58, §9º, da Lei 9.649/98.

<sup>242</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603.583**. Rel. Min. Marco Aurélio, j.26.10.2011. DJ 25.05.2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>243</sup>Ibidem.

Com esse posicionamento, o STF entendeu constitucional o art. 8º, da Lei nº 8.906/94, que delegou à OAB o poder de editar provimento para regular o exame ali previsto<sup>244</sup>.

De qualquer sorte, ao fim e ao cabo, essa questão aventada pelo STF só confirma a regra no sentido de que apenas a União, via Congresso Nacional, tem competência para legislar sobre qualificações profissionais necessárias ao exercício laboral de seus agentes públicos (e de todos os trabalhadores), não podendo fazer o mesmo os estados, Distrito Federal e municípios com relação aos seus servidores, os quais nessa parte devem apenas aplicar a legislação federal<sup>245</sup>.

### 3.2 EXCEPCIONALIDADE DAS AFETAÇÕES

Analisando o inciso XIII, do art. 5º, Dimoulis e Martins<sup>246</sup> enxergam ali a possibilidade da presença de uma reserva legal simples – que tem extensão plena – bastando para tanto que as qualificações sejam compreendidas como “meio de fomento dos mais variados propósitos.” Os autores apontam, de outro lado, uma reserva legal qualificada – que tem alcance limitado – desde que as qualificações sejam compreendidas como um fim em si mesmo.

Segundo os autores, o enquadramento da reserva como simples ou qualificada está condicionado à:

interpretação que será dada ao conceito “qualificações” que tanto pode ser entendido como “capacitação profissional stricto sensu” quanto como “condição” (=ressalva), logo como reserva legal simples que serve para o legislador perseguir como propósito da intervenção os mais variados bens jurídicos.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup>SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. **A Liberdade Profissional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: CBJE, 2013, p. 63.

<sup>245</sup>Profissionais fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais. Carga horária. Lei 8.856/1994. Competência privativa da União para legislar sobre condições de trabalho. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 758.227 AgR**. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29-10-2013, 2ª T, *DJE* de 4-11-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4798713>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>246</sup>DIMOULIS; MARTINS, op. cit. p. 154.

<sup>247</sup>Ibidem., p. 154.

Ou seja, estaremos diante de uma reserva qualificada quando as qualificações forem concebidas em sentido *stricto sensu* e reserva simples quando as qualificações forem aplicadas como ressalva para diversos objetivos.

Esta dissertação caminha em sentido diverso<sup>248</sup>. Primeiro, porque ao criarem essa bifurcação na norma, parecem emprestar à locução qualificações profissionais uma acepção estreita, quando na verdade ela alberga um campo semântico mais amplo que são os requisitos técnico-científicos necessários ao exercício do direito. E não é por outra razão que Leonardo Martins defende em outra obra que, enquanto reserva simples, o termo

qualificações profissionais [...] expressaria a faculdade em si do legislador comum para criar critérios (relativos ao mero exercício ou relativos ao ingresso, subjetivos ou objetivos), ou justamente “qualificações” que servissem a outros propósitos lícitos do ponto de vista constitucional [...].<sup>249</sup>

Só essa intelecção apertada da locução em tela explicaria a compreensão enquanto reserva simples de restrições profissionais relacionadas à tutela da saúde pública, da defesa do meio ambiente e da proteção da fé pública, exemplos ali citados pelo autor<sup>250</sup>.

Em segundo lugar, porque o presente trabalho, na linha esposada pelo Supremo Tribunal Federal, entende que a liberdade profissional é a regra e o interesse público serve excepcionalmente como base para imposição de qualificações a esse direito fundamental, sendo o inciso XIII um caso típico de reserva legal qualificada. Não cabe restringir, só com esse fundamento das qualificações (como se bastante em si mesmo), o exercício de toda e qualquer profissão, havendo que antes se perquirir sobre seu potencial lesivo aos administrados. Uma coisa (qualificação) deve estar

---

<sup>248</sup>A posição de Leonardo Martins na verdade se compreende porque ele é um crítico da teoria principiológica, bastando conferir sua visão sobre o caso pesagem de botijões de gás (ADI 855-2), fl. 78, julgamento onde o STF enxergou um conflito de princípios (direito do consumidor x liberdade empresarial), mas que, segundo o autor, o desfecho poderia vir a partir da interpretação sistemática. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. Leitura Jurídico-Dogmática de uma Complexa Relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137.

<sup>249</sup>MARTINS, op. cit., 2012, p. 172.

<sup>250</sup>MARTINS, op. cit., p. 172.

ligada a outra (interesse público), e isso independentemente daquela ser concebida numa acepção mais ou menos ampla.<sup>251</sup>

Por essa razão (excepcionalidade das afetações) que o Presidente da República decidiu vetar em parte, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 290/2001, que trata da profissão de Turismólogo e disciplina o seu exercício, tendo o mesmo destino o Projeto de Lei nº 112/2007, que dispõe sobre o exercício das atividades profissionais de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador.

Em ambos os casos, entre outros requisitos, exigia-se do cidadão diploma em instituição de ensino legalmente reconhecida ou tempo mínimo de trabalho na área para poder exercer a profissão. Os vetos se deram porque “a Constituição, em seu art. 5º, inciso XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, cabendo a imposição de restrições apenas quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade.”<sup>252</sup>

Nas palavras de Saulo Nunes de Carvalho Almeida,

a regra deverá ser sempre a liberdade profissional, sendo a regulamentação a exceção, cabendo ao legislador compreender que não são todas as profissões que necessitam de limitações legais para que o seu exercício esteja em consonância com os interesses sociais.<sup>253</sup>

Nesse sentido complementa que “estabelecer condições e requisitos para o exercício de uma profissão significa restringir um direito de liberdade, que frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, somente poderá ser tolerado para os ofícios que representam riscos para a coletividade.”<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup>Não sendo assim, eliminando cogitar-se dos fins perseguidos pela restrição, o terceiro elemento da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, sequer teria utilidade no caso.

<sup>252</sup>BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

**Mensagem Nº 10, de 18 de janeiro de 2012.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-010.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

**Mensagem Nº 11, de 18 de janeiro de 2012.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-011.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-011.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>253</sup>ALMEIDA, op. cit., p. 86.

<sup>254</sup>Ibidem., p. 86.



Dizendo de outra forma, as qualificações profissionais devem ter sempre um valor instrumental. Elas não podem ser utilizadas sem uma finalidade<sup>255</sup> (de registrar que para esta dissertação, em prestígio da concordância prática e do direito constitucional de colisão, gravames que porventura vierem a incidir sobre o direito em apreço fora desse campo, legitimar-se-ão somente se houver choque com outros bens constitucionais<sup>256</sup>).

Com essa intelecção, e a julgar pela posição dos professores citados, teríamos dificuldade para encaixar o inciso XIII como reserva simples ou qualificada, restando assim em crise essa consagrada classificação, o que não parece ser o intento desses doutrinadores.

Não seria reserva qualificada – que tem alcance limitado – porque, para isso, as qualificações profissionais a que se refere o inciso teriam que ostentar um caráter *stricto sensu* que desembocaria em um fim em si mesmo, quando não é isso que, por exemplo, o Supremo vem decidindo. É que as qualificações são também condições<sup>257</sup> e não um fim em si mesmo, já que elas estão a serviço dos órgãos de Estado no sentido de, com elas, oportunizar e viabilizar a segurança necessária à sociedade, em última análise a beneficiária da fiscalização e o controle das profissões.

A confirmar esta observação, temos a redação do art. 22, XVI, cuja redação dispõe que compete privativamente à União legislar sobre condições para o exercício das profissões, dispositivo que, como já estudado, tem relação direta com o enunciado do art. 5º, XIII. Nessa linha, como prevê o Decreto-Lei 3.688, de 1941, art. 47, caracteriza-se como contravenção penal “Exercer profissão ou atividade econômica

---

<sup>255</sup>É a situação também do inciso XII, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo telefônico, a não ser por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Aqui o constituinte prevê a regra do sigilo das comunicações telefônicas, excepcionando-o em hipóteses expressamente delineadas, a saber: a quebra da inviolabilidade do sigilo somente é permitida mediante ordem judicial, quando em foco investigação criminal ou instrução processual penal, nas situações que a lei estabelecer. Ou seja, a reserva qualificada evidencia que a restrição ao sigilo tem propósitos bem definidos: persecução criminal e instrução processual penal.

<sup>256</sup>Com a ressalva de Dimoulis e Martins, que julgamos correta, para quem “esse limite é absolutamente vedado quando o constituinte, ao prever o conflito, no caso concreto do exercício da liberdade outorgada na norma de direito fundamental, estabeleceu uma reserva legal simples ou qualificada. Nesse caso, a única limitação possível é aquela decorrente da correta aplicação da reserva legal, com especial observância dos pressupostos definidos nas reservas legais qualificadas.” DIMOULIS; MARTINS, *op. cit.*, p. 164.

No mesmo sentido, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. São Paulo: Campus Jurídico, 2012, p. 252.

<sup>257</sup>Aqui o autor paulista cita qualificações e condições como termos sinônimos. SILVA, José Afonso, *op. cit.* p. 108.

ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.”<sup>258</sup>

Também não seria um caso de reserva simples – que tem alcance pleno – pois, segundo eles, as qualificações nesta hipótese deveriam servir como veículo para fomentar variados propósitos. Na verdade, como já mencionado, as qualificações atendem a propósitos limitados e definidos pelo constituinte, que é o de resguardar, numa síntese apertada, o interesse social. Nada mais que isso, sob pena de inconstitucionalidade. Não há, portanto, como rotular as qualificações como reserva legal simples, eis que esta goza de uma amplitude que não se mostra compatível com o regime jurídico da liberdade profissional.

Ora, o intérprete da norma em foco não tem um cheque em branco para manejar livremente esse direito, menos ainda para múltiplos fins, emprestando uma amplitude desautorizada pelo legislador.

No RE 414.426, que examinou a constitucionalidade da inscrição dos músicos em conselho de classe, da relatoria da Min. Ellen Gracie, o STF julgou desnecessário registro de músicos em Conselho Profissional, entendendo que a atividade dos músicos não precisa de controle, constituindo manifestação artística amparada pela liberdade de expressão:

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional.<sup>259</sup>

Enfim, primeiro a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Esta é a regra. A previsão de “qualificações” como condição para o trabalhador exercer a profissão escolhida é uma exceção<sup>260</sup>.

E o pretório excelso tem utilizado esse critério para declarar a

---

<sup>258</sup>

<sup>259</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**, Acórdão, Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

<sup>260</sup>“Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidade, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral.” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 255.

inconstitucionalidade de normas que aplicam tais condições a profissões de forma indiscriminada<sup>261</sup>.

Claro que descortinar quais são exatamente as profissões a serem alcançadas por essa exceção não se depreende da literalidade do texto constitucional, não sendo possível extrair tal inteligência diretamente do art. 5º, inciso XIII, da CF de 1988. Na verdade, esse entendimento de que não é o exercício de qualquer profissão ou ofício que pode sofrer a interferência do legislador é uma posição antiga do Supremo Tribunal Federal – antes mesmo da Carta de 1988 – a teor do que se vê de alguns fragmentos do RE nº 70.563/SP, acórdão prolatado na vigência da Constituição de 1967/1969:

A liberdade do exercício profissional se condiciona às condições de capacidade que a lei estabelecer. [...]  
A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. [...] Daí em defesa social, exigir condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.<sup>262</sup>

Nesse precedente citado, por entender desnecessário o registro, a nossa

---

<sup>261</sup>“A Constituição Federal assegura liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional [...]. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de ‘condições de capacidade’, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas ‘condições de capacidade’, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rep. nº 930-DF**. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJU, 2, set. 1977. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>262</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 70.563/SP**. Rel. Min. Thompson Flores, j. 18/03/1971. Pub. 22/04/1971. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166448>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Corte Maior não enxergou adequação constitucional na restrição imposta à liberdade de exercício de profissão dos corretores de imóveis.

Aliás, já sob o pálio da atual Constituição, no julgamento da (in)constitucionalidade do Exame de Ordem, o ministro relator segue nessa mesma toada, ao trazer o seguinte raciocínio:

Quando, por outro lado, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.<sup>263</sup>

Enfim, temos a preocupação do Tribunal com a possibilidade de o intérprete perder de vista o caráter social da restrição, o que se verifica à vista de variadas passagens da jurisprudência da Corte que sustentam o descabimento da imposição de qualificações para certas profissões que, malgrado importantes, não ostentam perigo ou exigência de especiais cautelas em prol do bem comum.

Voltando ao RE 414.426, que julgou a constitucionalidade da inscrição dos músicos em conselho de classe, o Ministro Celso de Melo apresentou resumidamente dois requisitos para se cogitar em restrição, a saber: “(a) necessidade de grau elevado de conhecimento técnico ou científico para o desempenho da profissão e (b) existência de risco potencial ou de dano efetivo como ocorrências que podem resultar do exercício profissional.”<sup>264</sup>

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, temos atualmente 2.685 ocupações reconhecidas no país (Classificação Brasileira de Ocupações – CBO<sup>265</sup>), sendo que daquelas, apenas 30 contam com entidades responsáveis pela fiscalização e controle da profissão (CONFEA, CFM, OAB etc.), situação que tem ensejado

---

<sup>263</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>264</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**, Acórdão, Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

<sup>265</sup>Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/faq.jsf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

propostas legislativas de constitucionalidade duvidosa com relação à criação de novos Conselhos Profissionais (a CBO apenas reconhece a ocupação, não fazendo regulamentação, que se dá por lei de competência privativa da União).

De constitucionalidade duvidosa a criação de alguns novos Conselhos porque o estabelecimento de tais exigências como pressuposto para o exercício profissional, por representar no final das contas um afunilamento ou uma nova restrição ao mercado de trabalho, deve cumprir uma finalidade social, justificando-se tais órgãos de classe para aquelas profissões que, se exercidas por inaptos e tecnicamente despreparados, possam causar prejuízos de grande monta para a sociedade. Esse é o padrão apontado pelo Supremo Tribunal Federal.

De lembrar que o penúltimo Conselho Profissional instituído no país (Conselho de Despachantes Documentalistas (Lei nº 10.602, de 12 de dezembro de 2002<sup>266</sup>), já tem sua criação atacada no STF com esteio nesse tópico aqui estudado (ADI 4501<sup>267</sup>).<sup>268</sup>

### 3.3 PROIBIÇÃO DE AFRONTA AO NÚCLEO ESSENCIAL

Nas profissões sujeitas a qualificações técnicas para seu exercício, a Constituição não permite uma ampla contenção pelo legislador ordinário, cuja obrigação de proteção dos direitos fundamentais deve observar a preservação do núcleo essencial desses direitos.

A esse respeito, o Min. Gilmar Mendes, ao fundamentar seu voto no julgamento da (in)constitucionalidade da exigência de diploma a jornalistas, assim averbou:

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do

<sup>266</sup>BRASIL. Lei nº 10.602, de 12 de dezembro de 2002. Dispõe sobre o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas e dá outras providências.

**Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 12 dez. 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10602.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>267</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4501. Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3998744>>.

Acesso em: 18 de jun. 2018.

<sup>268</sup>SILVA FILHO, op. cit., p. 67.

livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.<sup>269</sup>

Ali o STF chama a atenção para a necessidade do legislador de, mesmo nas hipóteses admitidas, conformar o direito com observância do seu núcleo essencial, sob pena de inconstitucionalidade da norma restritiva da liberdade profissional.

Essa questão será objeto de maior reflexão no presente trabalho, oportunidade em que lançaremos mão do critério da proporcionalidade e seus subcritérios para aferir a juridicidade das restrições, fazendo-o na compreensão de que o núcleo essencial é o que sobra depois da ponderação, eis que, consoante ensina Robert Alexy, “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial, nem mesmo se no caso concreto, nada restar do direito fundamental<sup>270</sup>”.

### 3.4 IGUALDADE

Em se tratando de restrições ao direito fundamental ao trabalho, como vimos, há alguns limites que se colocam tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei, os quais não de respeitar o art. 5º, XIII, c/c os arts. 22, XVI e 48, da CF, a excepcionalidade das afetações e o núcleo essencial, sem esquecer também a observância da métrica da proporcionalidade, que será analisada no próximo tópico.

Há que também se respeitar o princípio da igualdade, que constitui um desdobramento do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito, um ideário de não discriminações arbitrárias, a imantar especialmente todo o agir do Estado.

Nesta parte da dissertação, vamos tratar sobre o princípio da igualdade como limite dos limites à liberdade profissional<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>270</sup>ALEXY, op. cit., p. 297.

<sup>271</sup>É diferente de alçar a igualdade como base para permitir restrição da liberdade profissional, como nesse sentido julgou o STF: “Não me parece ocorrer ofensa ao princípio da igualdade, mesmo porque está-se tratando desiguais desigualmente (CF, art. 5º, caput), e é exatamente assim que se realiza o princípio isonômico. De outro lado, o princípio do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), exerce-se é certo, com a

Já vimos linhas antes alguns contornos básicos acerca da liberdade profissional. Agora vamos ver como o Estado pode pautar o seu agir dentro de uma perspectiva respeitosa em face dos demais direitos, eis que, como observou Carlos Ayres Brito, Ministro do Supremo Tribunal, “O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações.”<sup>272</sup>

Nessa esteira, vamos estudar de que forma o princípio da igualdade poderá ser utilizado como anteparo para controlar e syndicar eventuais afetações a esse direito.

No caso da liberdade profissional dos agentes públicos, os quais podem eventualmente ter em seu regime jurídico uma série de restrições e abrandamentos, a tutela desse direito fundamental pode ser aferida também lançando mão da necessária igualdade a ser respeitada pelo Poder Público. Em outras palavras, o princípio da igualdade funcionaria como escudo contra o ímpeto das intervenções legislativas/administrativas, ao qual elas devem se amoldar.

### 3.4.1 Breves considerações sobre o princípio da igualdade

Ficou para trás, ao que parece, aquela visão de Aristóteles e Platão acerca da desigualdade natural entre as pessoas, concepção há muito desconstruída pelos estoicos e pelo cristianismo, vindo a lume ao longo dos séculos a consagração da igualdade jurídica forjada pelas revoluções liberais, em um extremo, e a defesa da preconizada igualdade material pregada pelo marxismo<sup>273</sup>, no outro extremo, ambas

---

observância do princípio maior da igualdade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.723**. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.04.1998. DJ 19.12.2001. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347235](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347235)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>272</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.330**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, Plenário, *DJE* de 22-3-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>273</sup>Paulo Bonavides, a propósito, registra que “A utopia de uma igualdade absoluta, alcançada por via da igualdade jurídica, ficou patente quando a reflexão demonstrou que esta última não eliminava as desigualdades materiais, aumentadas historicamente em razão da chamada Revolução Industrial, da introdução da máquina e do conseqüente surto do capitalismo. Uma nova utopia de fundo socialista surgiu, porém, culminando com o marxismo, em busca também da igualdade absoluta, ou seja, da unanimidade. Depois de criticar a igualdade pretendida pela revolução burguesa, o marxismo se propõe a alcançá-la por outro caminho, a saber, mediante a eliminação das desigualdades materiais, econômicas e sociais, que persistem debaixo do manto formal da igualdade jurídica de Rousseau e dos racionalistas franceses. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta:**

as correntes infelizmente não logrando trazer respostas satisfatórias a essa questão, a não ser para ensejar a eleição da igualdade enquanto valor ou ideal de justiça a perseguir.

E é nesse contexto que Paulo Bonavides – a propósito de uma reflexão sobre um caminho alternativo a esse conflito entre a igualdade formal e a utopia da igualdade absoluta – vai apontar “o compromisso democrático de uma igualdade relativa, aquela que o direito constitucional positivo do Ocidente tem acolhido nas linhas mestras de seu processo evolutivo.<sup>274</sup>”, enxergando a igualdade enquanto princípio realizável na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, inclusive para limitar “juridicamente a atuação do Estado, expressa em atos do administrador, do juiz e do legislador<sup>275</sup>.”

Atualmente o significado de igualdade, que Dworkin chama de direito à igual consideração e respeito<sup>276</sup>, é de intuitiva compreensão pela sociedade, tendo sua juridicização justificada enquanto valor instrumental do Estado na concretização do tratamento jurídico mais justo a pessoas em situação de igualdade ou desigualdade fáticas<sup>277</sup>.

Não se trata, pois, de um instituto com âmbito de proteção marcadamente normativo, existindo antes disso como régua não escrita de convivência entre as pessoas, tangenciando assim questões universais relacionadas à moral e à ética, as

---

temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 112-128.

<sup>274</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 5.

<sup>275</sup> BONAVIDES, op. cit., p.14.

<sup>276</sup> DWORKIN, op. cit., p. XVI.

<sup>277</sup> O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA 55/114*), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 58**. Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, j. 14-12-1990, *DJ* de 19-4-1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>>. Acesso em: 16 jun. 2018.



quais, guardadas as devidas adaptações temporais e espaciais, são necessárias a toda e qualquer comunidade.

Sobre o papel do princípio da igualdade, Estevão Mallet<sup>278</sup> vai destacar que resta evidente “a importância do princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, a repulsa provocada pela discriminação. Afinal, o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável?”

Ainda na mesma página da obra referenciada, Mallet assevera que “Discriminação supõe desigualdade. Não qualquer desigualdade, como será visto mais adiante, mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões vigentes.”

Assim, o autor arremata o raciocínio dizendo que “se justiça relaciona-se com igualdade, e igualdade repele discriminação, discriminação é também a negação da justiça ou, simplesmente, une difference injuste.”

Não há assim igualdade ou desigualdade considerando o objeto de comparação em si mesmo, tendo que haver um isolamento<sup>279</sup> de algum(ns) de seus elemento(s) de comparação, a fim de aferir se, no cotejo entre os objetos correlacionados a partir desse(s) elemento(s), há de fato justificativa racional para o discrimen ou igualação, eis que, na lição de Alexy<sup>280</sup>, “dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos. A igualdade – tanto quanto a desigualdade – entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade – ou desigualdade – em relação a determinadas características.”

Parece claro até aqui, portanto, que não pode haver restrição profissional de agentes públicos que escape desse padrão de justiça estabelecido pelo princípio da igualdade, que não significa outra coisa senão a máxima aristotélica do dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Mas esse enunciado em si não resolve, eis que mesmo na comparação tanto de iguais quanto de desiguais, não é possível concluir haver linearidade em todos os aspectos, sendo válido registrar-se ainda, a partir das palavras do professor Saulo

---

<sup>278</sup>MALLET, Estevão. **Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 20.

<sup>279</sup>Ainda segundo Mallet, “Para se fazer a comparação, no entanto, é preciso isolar certos elementos dos objetos, dos eventos ou dos sujeitos envolvidos, de modo a estabelecer o que já se chamou de périmetre de comparaison. Tomados os objetos, os eventos e as pessoas em sua integralidade, torna-se impossível a comparação. [...]”. Ibidem., p.16.

<sup>280</sup>ALEXY, op. cit., p. 399.

José Casali Bahia<sup>281</sup>, que “regras relacionadas à igualdade, enfim, tal como os valores e os princípios, são relativas”.

Segundo observação de Alexy,<sup>282</sup> se levado esse enunciado ao extremo, que “os iguais devem ser tratados igualmente”, vamos ter de admitir que o holocausto realizado pelos nazistas cumpriu rigorosamente o princípio da igualdade, claro, analisando-o enquanto voltado a um grupo isolado de pessoas.

É por essa razão que o professor alemão<sup>283</sup> vai afirmar, ampliando o leque de comparação, que “não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, mas apenas o tratamento arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais.”

Nessa mesma obra,<sup>284</sup> Alexy explica o que significa esse tratamento arbitrário, fazendo-o invocando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual considera que a diferença arbitrária acontece “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feito pela lei.”

Aliás, trazendo uma reflexão sobre o holocausto dos judeus, mas observando o exemplo de Alexy sob um ângulo diferente, o Prof. Saulo José Casali Bahia lembra que não bastaria que – pura e simplesmente – os nazistas tratassem judeus e arianos como desiguais, pautados por uma desigualdade aleatória, elegendo “uma característica diferenciadora que não deveria embasar diversidade de tratamento quanto ao exercício de direitos civis<sup>285</sup>”.

Em outros termos, quer analisemos determinadas restrições profissionais na perspectiva de um dado grupo homogêneo de agentes isoladamente considerados (que chamamos de cotejo das restrições específicas), quer façamos a análise dessas restrições na perspectiva de um bloco de agentes com regime jurídico distinto (que chamamos de cotejo das restrições gerais), dúvida parece não haver que inexistindo razão cabal<sup>286</sup> para o “discrímen ou para a igualação, e uma destas se produza, é

---

<sup>281</sup>BAHIA, Saulo José Casali. A igualdade como direito fundamental. In: CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos (Org.). **Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

<sup>282</sup>ALEXY, op. cit., p. 398.

<sup>283</sup>Ibidem., p. 403.

<sup>284</sup>Ibidem., p. 407.

<sup>285</sup>BAHIA, op. cit., p. 100.

<sup>286</sup>Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica

gerada uma situação de igualdade (ou desigualdade) meramente [...] formal, pois não se enfrenta adequadamente a questão de saber o que leva certos sujeitos e situações a serem considerados iguais ou desiguais.”<sup>287</sup>

Começemos pelas restrições gerais, sede em que trabalharemos melhor essas questões.

### 3.4.2 Restrições profissionais gerais

Ao analisarmos as restrições de ordem profissional havidas no âmbito do serviço público, seja ele federal, estadual ou municipal, vamos perceber algumas normas proibitivas que são comuns a todos os servidores deste ou daquele ente federativo, tratamento geral que se dá ora tendo em conta a simplicidade e homogeneidade das funções executadas, ora tendo em conta alguns marcos constitucionais de observância obrigatória a todos, a exemplo da vedação de acúmulo de cargos públicos prevista no art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição, isso sem falar no dever de simetria funcional para alguns agentes.

Nas palavras da Prof.<sup>a</sup> Cármen Lúcia:

o regime jurídico do servidor público no Brasil tem fundamentos constitucionais, tem um painel jurídico previamente definido e válido para todos, mas tem a sua configuração, os seus traços específicos, as cores de sua condição estabelecidos pelas diferentes pessoas políticas, cada uma cuidando de adequar o instituto às suas singulares situações.<sup>288</sup>

E continua a professora mineira, lembrando que “o que cumpre enfatizar, finalmente, é que o essencial é a obediência à Constituição, considerada em sua harmoniosa sistematização.”<sup>289</sup>

---

entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele. [...] Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

<sup>287</sup> BAHIA, op. cit., p. 100.

<sup>288</sup> ROCHA, op. cit., p. 138.

<sup>289</sup> *Ibidem.*, p. 139.

No âmbito constitucional, como dito, podemos citar como exemplo de proibições gerais a vedação de acumulação de cargos e empregos constante do art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, cuja redação é a seguinte:

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;<sup>290</sup>

Esse dispositivo é de observância obrigatória a todos os entes federativos, de maneira que os cargos públicos e empregos públicos, afora essas exceções, devem indistintamente ser ocupados por servidores diferentes, não podendo o mesmo servidor ocupar mais de um cargo.

Com relação ao propósito da norma constitucional em apreço, a Prof<sup>a</sup>. Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>291</sup> destaca a dupla função do instituto: “(a) moralidade e eficiência (b) igualdade de oportunidade de todos em aceder os cargos que compõem os quadros da Administração.”

Como exemplo de restrições gerais no plano infraconstitucional, e aqui versando sobre os servidores federais, temos a Lei nº 8.112/90 que, sobre o assunto, dispõe no art. 81, §3º, que é proibido o exercício de qualquer atividade remunerada no período da licença para o exercício de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, hipótese em que o servidor deverá ficar afastado do cargo.

Temos também o inciso II, do mesmo artigo citado, que prevê o afastamento do cargo se o servidor federal for investido no mandato de prefeito, sendo-lhe permitida a opção pela sua remuneração, podendo, ainda, a teor do inciso III, ocupar o mandato de vereador, este com garantia do concomitante recebimento de seus vencimentos do cargo de origem, caso haja compatibilidade de horário.

De igual forma, o art. 117, inciso X, da referida lei, prevê a vedação do servidor em participar de cargos de gerência e administração de sociedade privada, bem como de exercer o comércio nos casos ali previstos. No art. 117, inciso XIII veda aceitar

---

<sup>290</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>291</sup>ROCHA, op. cit., p. 266.

emprego de estado estrangeiro, constando no inciso XVIII a proibição do servidor exercer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

Um outro diploma legal que traz comandos gerais restritivos à liberdade profissional no âmbito da Administração Pública é a Lei nº 8.027/90<sup>292</sup>, que dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas federais. Ali consta a proibição de o servidor, sem licença do Presidente da República, tornar-se empregado de Estado estrangeiro, interditando o inciso VII a prática do comércio no prédio da repartição, mesmo fora do horário de serviço.

Ainda nessa linha, a Lei nº 8.429/92, art. 9, inciso VIII, enquadra como improbidade administrativa o servidor que “aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;”<sup>293</sup>

O Decreto nº 1.171, Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, no qual se constata no inciso VI, do Capítulo I, Seção I, que a função pública há de ser tida como exercício profissional, veda ao servidor exercer atividade profissional aética ou ligada a empreendimentos de caráter duvidoso, não podendo esquecer que seu proceder na vida particular no seu dia a dia exerce, sim, influência negativa ou positiva na sua vida funcional.

Ainda nesse rol exemplificativo, temos a Lei nº 12.813/2013, a qual regula as hipóteses de conflito de interesses de ocupantes de cargos e empregos no âmbito do Poder Executivo, inclusive ministros de Estado, funções de assessoramento e de chefia<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> BRASIL. Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 abr. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8027.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8027.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>293</sup>BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>294</sup>“DAS SITUAÇÕES QUE CONFIGURAM CONFLITO DE INTERESSES NO EXERCÍCIO DO CARGO OU EMPREGO

De qualquer sorte, sobreleva ressaltar que essas restrições gerais e também as demais desse gênero que existem sobre o tema na nossa ordem jurídica, todas estão evidentemente sujeitas aos limites previstos expressa ou implicitamente na Constituição, sendo tais limites aqueles expostos ora de forma direta, ora autorizados mediante restrições indiretas (via reservas legais simples e legais qualificadas), isso sem falar nos denominados limites imanentes, os quais, como vimos neste trabalho,

---

Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

[...]

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

[...]

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.

[...]

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e

II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;

c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou

d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.” BRASIL. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de maio de 2013. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

estão no necessário respeito aos direitos fundamentais de terceiros, nos freios decorrentes das questões de ordem pública e das relações especiais de sujeição.

É claro, contudo, que esse cerco em favor da preservação da liberdade profissional não pode redundar em uma igualdade geral pasteurizada, pelo que válida a advertência de Hesse<sup>295</sup> que, ao citar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, lembra que aquela Corte, cuja preocupação maior é com a ideia de justiça do sistema, tem considerado possível uma certa generalização, “nomeadamente, quando se trata de regulação de fenômenos de massa; (ressalvando que) nesse ponto, devem ser aceitos prejuízos em cada caso particular se o inconveniente é pequeno e só toca um pequeno número de pessoas.”

E continua Hesse registrando que “na valoração de violações de igualdade, o tribunal se restringe, fundamentalmente, ao sistema de ordem respectivo, examina, portanto, somente se a proibição de diferenciação ou equiparação arbitrária no interior do sistema em questão é tida em conta.”<sup>296</sup>

Sobre o assunto em foco (restrições gerais), em que pese a trena da igualdade não apareça aqui de forma tão forte, eis que não estamos a versar sobre normas casuísticas, há algo importante a destacar no estudo da liberdade profissional no serviço público, que é a proibição de conferir-se, via normas gerais e abstratas, trato isonômico a carreiras distintas, em que pese inexistente, no plano fático, razão objetivamente evidente para o tratamento igual.

É que não pode haver o mesmo tratamento para situações fáticas diversas, de modo que ao Poder Executivo, por exemplo, não cabe proibir a advocacia liberal a todos os servidores públicos federais, de forma ampla e indistinta, colocando no mesmo nível um procurador do Banco Central e um motorista do Incra. Há que se perquirir nesses casos sobre o que Konrad Hesse denomina de ponto essencial de comparação, no sentido de que se o ponto de comparação for “pessoa”, então todos os servidores devem receber tratamento igual. Se, porém, o ponto essencial de comparação for a “atividade estratégica desempenhada pela pessoa”, então o tratamento desigual é admissível<sup>297</sup>.

Aliás, Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire observam que muitas vezes, sobretudo em tempos de sociedades pós-tradicionais “o reconhecimento da

---

<sup>295</sup>HESSE, op. cit., p. 336.

<sup>296</sup>Ibidem.

<sup>297</sup>Ibidem., p. 331.

diversidade é essencial numa sociedade complexa e plural como a nossa: uma sociedade na qual a diversidade não é mais vista como um mal a ser eliminado, mas, ao contrário, é uma virtude a ser preservada.”<sup>298</sup>

Entretanto, o legislador deve ter muita cautela ao abrir janelas que levem a um genérico tratamento igual ou diverso aos mesmos titulares de direitos fundamentais, atraindo com isso um ônus argumentativo maior, no sentido de demonstrar, sob pena de violação ao princípio da isonomia, que há fundadas razões para isolar um fator de discrimen ou equiparação e com ele justificar a intentada (des)igualação.

Sobre esta questão da igualdade, a título exemplificativo, temos o juízo de inconstitucionalidade declarado pelo Supremo Tribunal Federal, na Rep. nº 1054, da Relatoria do Min. Néri da Silveira, oportunidade em que a Corte deliberou sobre a quarentena imposta a militares, juízes, empregados de entidades paraestatais, membros do Ministério Público e outros servidores da Administração Direta e Indireta pela Lei 4.215/63, art. 86, que, numa tacada só, os proibia do exercício da advocacia nos dois primeiros anos depois da reforma, aposentadoria ou disponibilidade. Eis a redação da norma impugnada:

Lei nº 4.215/63, art. 86. Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função.<sup>299</sup>

Na inicial subscrita pelo Procurador-Geral da República, apontou-se como fundamento da inconstitucionalidade a injustificada diferenciação entre os agentes públicos referidos no artigo citado e outros que ficaram de fora da obrigatoriedade de quarentena, a exemplo do Presidente da República, Governador, Prefeito, Ministro e Secretário de Estado, Parlamentares, todos com influência e ascendência sobre a coletividade. A representação insurgiu-se também contra o fato dos magistrados

---

<sup>298</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

<sup>299</sup>BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de Abril de 1963. Dispõe sôbre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 abr. 1963. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2018.



demitidos e aposentados por ato de poder revolucionário não se sujeitarem à proibição, entendendo injusto a lei abrir as portas da OAB para um juiz, nesta condição, com 30 ou 40 anos de carreira, negando o mesmo tratamento a um outro que se aposentou voluntariamente com 6 meses no cargo.

Arguiu-se, enfim, que o aludido art. 86, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, violava o art. 150, §23, da Constituição então vigente (Carta de 1967 com a EC nº 01/1969), cuja redação rezava que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”<sup>300</sup>

Divergindo do relator, Min. Néri da Silveira, que votou pela constitucionalidade da norma impugnada, entendeu o Min. Moreira Alves, no que interessa ao presente trabalho, que as restrições em bloco previstas no artigo citado violavam, sim, o princípio da igualdade, afrontando a liberdade profissional dos agentes públicos, no que foi acompanhado pela maioria do tribunal.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves assim averbou:

Parece-me que não será apenas à minha consciência que repugnará negar-se haver ofensa direta ao princípio da igualdade no admitir-se que um ex-Presidente da República, um ex-Ministro de Estado, um ex-deputado, um ex-senador possam de imediato advogar sem restrições, e se impeça, por dois anos, um ex-contínuo do Banco do Brasil, um ex-bedel de universidade autárquica, um ex-faxineiro empregado da administração federal direta de, em causa própria, defender-se judicialmente contra a Prefeitura Municipal de um lugarejo qualquer que lhes esteja cobrando indevidamente um tributo, sob a alegação de que este impedimento decorre de razões éticas inerentes à capacidade moral.<sup>301</sup>

Em outro trecho do mesmo julgado, o Ministro argumenta que o dispositivo em apreço:

[...] não explica a razão da diversidade de tratamento por condições de capacidade entre aposentado, exonerado ou demitido, nem justifica as flagrantes violações ao princípio da igualdade, como as da não existência de incompatibilidades ou impedimentos quanto aos ex-

<sup>300</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº1**, de 24 de janeiro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>301</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rep. nº 1054**. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 04.04.1984. DJ 29.06.1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263829>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

agentes políticos e as incompatibilidades e impedimentos até de míseros servidores públicos ou empregados de sociedades de economia mista<sup>302</sup>

De fato a medida, ao que parece, não prestigiava o princípio da igualdade, invadindo, sem fundamento razoável, um princípio fundamental tão caro ao cidadão, a liberdade profissional.

É que a norma, em que pese aparentemente conferir tratamento igual a todos os servidores ali apontados no art. 86, oportunizando-lhes, de forma geral, a possibilidade do exercício da advocacia após dois anos de inatividade, acabava em verdade isolando um elemento de equiparação (o tempo) que se revelava inapto para a igualação abstrata em apreço, eis que desprestigiava um direito fundamental sem fundadas razões para tanto (ao largo da “finalidade”).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, e partindo de um raciocínio lógico-dedutivo das lições desse autor, para que o mesmo regime jurídico conferido a determinadas pessoas concorde com a isonomia, não sendo gratuita ou fortuita, há que se observar se as situações ou pessoas equilibradas pela regra de direito são efetivamente iguais entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, equiparados, observando o autor que o fator de equiparação deve ter “um vínculo de correlação [...] pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em [igualação] de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.”<sup>303</sup>

E arremata o mestre paulista dizendo que não basta a lei erigir um elemento objetivo, explicável e hermeneuticamente acessível como fundamento para [igualação] de regimes, sendo insuficiente “pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexa entre a [pretendida igualdade] e um conseqüente tratamento [igual]. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente.”<sup>304</sup>

Não é que o fator de equiparação “tempo” é inapto para a igualação.

Na verdade, em muitas situações ele se apresenta com instrumentalidade suficientemente capaz de sustentar o mesmo tratamento pretendido pela norma,

---

<sup>302</sup>Ibidem.

<sup>303</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 41.

<sup>304</sup>MELLO, op. cit., p. 42.

bastando para tanto que venha atrelado a uma finalidade constitucionalmente tutelada<sup>305</sup>, o que não aconteceu no caso, segundo o STF.

### 3.4.3 Restrições profissionais específicas

As restrições profissionais específicas para este trabalho têm relação com normas proibitivas por carreiras, agentes públicos em circunstâncias especiais ou órgãos da Administração Pública.

Trazendo exemplo de restrições por carreiras, seria o caso daquelas vedações impostas aos juízes e membros do Ministério Público, como a vedação da advocacia privada e do exercício de mais de uma atividade profissional além do magistério.

No caso das restrições dirigidas a agentes em circunstâncias especiais, podemos citar a proibição prevista na Lei 8.713/93, art. 70, que trazia vedação aos apresentadores de programa de rádio e TV de continuarem a exercer a sua profissão no período de campanha eleitoral. Essa lei, em que pese não fosse expressa nesse sentido, aplicava-se também aos agentes públicos, políticos eleitos ou apenas ocupantes de cargos ou funções públicas, cuja profissão tem relação com essa área.

A constitucionalidade desse diploma legal foi questionada no STF por ferir, entre outros valores, o princípio da igualdade, tendo o autor da ação indagado a razão de não proibir também “o exercício do trabalho a outros artistas que representem, que cantam, a esportistas, que reúnem multidões nos estádios [e aqui poderíamos cogitar de profissionais como esses que também sejam agentes públicos], e cuja

---

<sup>305</sup>É o caso, por exemplo, do sexo como elemento de discriminação; “Concurso público. Critério de admissão. Sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo – art. 5º, I; e § 2º do art. 39 da Carta Federal. A exceção corre à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem socioconstitucional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 120.305**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 8-9-1994, 2ª T, DJ de 9-6-1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207343>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 528.684**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3-9-2013, 2ª T, *DJE* de 26-11-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4927133>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Cf. também a Súmula 683 do STF: “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

maestria a televisão mostra, em uma infinidade de lares”.<sup>306</sup>

A corte decidiu, enfim, que as normas ali impugnadas não impediam o exercício profissional dos apresentadores ou comentaristas de rádio e TV, destinando-se apenas a obstar que, durante o período da propaganda eleitoral, por esses meios de comunicação,

o candidato, pelo exercício de tal profissão, se coloque, nesse ponto, em posição de nítida vantagem em relação aos candidatos que só terão acesso ao público, pelos mesmos meios, nos horários e com as restrições a que se referem as normas específicas da mesma Lei 8.713/1993.<sup>307</sup>

Nesse sentido, concluiu que, “com isso, visam tais dispositivos à observância do princípio da isonomia, entre os candidatos, durante a propaganda eleitoral.”<sup>308</sup>

Mas há também, como referido, restrições por órgãos, como é o caso do Decreto nº 4.081/02, Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República, cujo art. 10, inciso I, proíbe a tais agentes a prestação de serviços ou trabalho a terceiros, de natureza eventual ou permanente, ainda que fora do horário de expediente.

Para ficarmos com apenas esse exemplo, que traz uma norma de natureza ético-moral relevante,<sup>309</sup> no art. 14, incisos I e II, o código dispõe que o agente, após

---

<sup>306</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.062-MC**. Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 25/05/1994, Plenário, Dj de 01/07/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346800>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>307</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.062-MC**. Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 25/05/1994, Plenário, Dj de 01/07/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346800>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>308</sup> Ibidem.

<sup>309</sup>Raul Prebisch e Celso Furtado, em entrevista no livro “Seca e Poder”[2], relata: “Eu me recordo de uma história curiosa com Raul Prebisch, o criador do Banco Central da Argentina, de tremenda influência na América Latina.

Ele me contou que quando saiu do Banco Central passou por grandes dificuldades financeiras, teve até de vender o piano da mulher. Eu arregalei os olhos: quem passara tantos anos chefiando o BC da Argentina teria o emprego que quisesse! E ele disse: “Mas Celso, eu conhecia a carteira de todos os bancos, administrava o redesconto por telefone, era o homem mais bem informado! Todos queriam me contratar, mas eu não podia trabalhar para nenhum.”

Este é o padrão de comportamento ético a ser seguido por qualquer servidor público ou empregado de estatal.

Um profissional oriundo do setor privado e, eventualmente desempenhando uma função em órgão público, deve se pautar pelo mesmo rigor ético e não misturar o público com o privado, em benefício de uma empresa privada que venha a lhe contratar no futuro.

deixar o cargo, pelo prazo de quatro meses, não poderá “atuar em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, em processo ou negócio do qual tenha participado em razão do cargo ou função que ocupava<sup>310</sup>”, nem tampouco nesse mesmo lapso de tempo poderá prestar consultoria a quaisquer pessoas, física ou jurídica, “valendo-se de informações não divulgadas publicamente a respeito de programas ou políticas governamentais.<sup>311</sup>”

No caso dessas restrições profissionais específicas, a análise da observância da igualdade pode vir a ser realizada à luz de comparações de regimes de tratamento que um determinado órgão confere a seus servidores. Essa análise pode ser feita sob dois aspectos:

(i) pela moralidade, de vez que não parece constitucionalmente possível que cada órgão de per si, com base na questão moral, possa imprimir internamente um tratamento profissional diferente a seus servidores, no qual presentes as mesmas condições e sem diferenças fáticas substanciais entre eles, tanto mais porque admitir que sim, seria chancelar uma moralidade ad hoc, o que seria um desprestígio a esse princípio constitucional explícito da Administração Pública.

É o caso, *verbi gratia*, de um órgão proibir a advocacia privada a seus servidores, fazendo-o com fundamento em lei inspirada na moralidade, ao mesmo tempo em que libera outros do mesmo quadro quando licenciados para interesses particulares, ao argumento de que a licença constitui interrupção da prestação dos serviços, caindo as vedações enquanto o vínculo estiver interrompido.

Foi o que aconteceu no Processo Administrativo nº 00400.023223/2009-89, local onde o Advogado-Geral da União facultou a advocacia paralela aos advogados públicos licenciados, ignorando<sup>312</sup> entendimento oposto sufragado por sua assessoria,

---

FURTADO, Celso. **Seca e Poder**: entrevista com Celso Furtado. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1998, p. 54-55. Disponível em:

<[http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/seca\\_e\\_poder.pdf](http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/seca_e_poder.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>310</sup>BRASIL. Decreto nº 4.081, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4081.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4081.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>311</sup>Ibidem.

<sup>312</sup>A posição do Advogado-Geral da União, que contrariou manifestação da Consultoria-Geral da União (<https://sapiens.agu.gov.br/documento/2071424>), está vazada no seguinte despacho:

“Ante o exposto e estando evidente a divergência de entendimentos no tocante ao mérito da matéria, entendo necessário um maior aprofundamento do tema, sem que a regra proibitiva produza efeitos, razão pela qual deixo, no momento, de acolher o posicionamento externado no Parecer nº 26/2010/DECOR/CGU/AGU e no Despacho do Consultor-Geral da União nº

a qual emitiu parecer pela não cessação do vínculo com a mera licença para interesses particulares, exatamente como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração, devendo este estar obrigado a respeitar o que lhe impõe a legislação e os princípios da Administração pública.<sup>313</sup>

No mesmo sentido é a posição do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

CONSELHO FEDERAL DA OAB: [...] Servidor do Poder Judiciário Licenciado dele não se desvincula, permanecendo incompatível com o exercício da advocacia (art. 28, IV do EOAB), mesmo quando passa a exercer junto a outro poder cargo que apenas o tornaria impedido de advogar (art. 31, I do EAOAB). Recurso que se conhece, para negar provimento, mantida a decisão recorrida.<sup>314</sup>

Em ambos os julgados é possível colher tanto da Corte da legalidade quanto do órgão responsável pela fiscalização do exercício da advocacia, que os agentes referidos, ainda que em gozo de licença, continuam com as mesmas restrições que tinham para advogar.

Segundo porque, como na licença para interesses particulares, os agentes públicos em licença médica, licença maternidade, férias e em cumprimento de suspensão disciplinar também sofrem os efeitos do sobrestamento parcial da eficácia

---

474/2010, e **determino a suspensão temporária da Orientação Normativa nº 27, de 9 de abril de 2009, no que tange à vedação aos membros da Advocacia-Geral da União e de seu órgão vinculado para o exercício da advocacia privada e de figurar como sócio em sociedade de advogados, durante o período de gozo de Licença para Tratar de Interesses Particulares, ou de Licença Incentivada sem Remuneração**, permanecendo as demais vedações normativas sobre o tema, até ulterior deliberação.” CLIPPING semanal. Advocacia-Geral da União. Grifo nosso. Disponível em:

<[http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id\\_conteudo/143539](http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id_conteudo/143539)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>313</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 6.808**, Relator Min. Felix Fischer. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, j. 24.05.2000. DJ 19.06.2000. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=6808&processo=6808&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>314</sup>ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Recurso nº 0302/2003/PCA-SP**. Relator: Conselheiro Edson Ulisses de Melo, julgamento: 13.10.2003, DJ 22.10.2003. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/2018?title=0302-2003-pca&search=incompativel>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

de seu vínculo com a Administração, daí porque, a julgar pelo ato do AGU, poderiam exercer livremente a advocacia privada.

Terceiro porque passou ao largo das razões que constituem a *mens legislatoris* da proibição, que é também sua base de sustentação.

A propósito do assunto, na ADI 1.742-9/DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou a constitucionalidade da Medida Provisória nº 1.587-4, de 12.12.1997, que trazia vedação ao exercício da advocacia privada a membros vinculados à Advocacia-Geral da União, reproduzindo o estipulado no art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993.

Ali o argumento da moralidade foi alçado a fundamento da proibição, sendo que nas informações enviadas pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do relatório daquele julgado, é possível extrair as razões oficiais para a questionada vedação:

Os arts. 28 a 30 da Lei Complementar n. 73, de 1993 (instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e deu outras providências), estabelecem casos de impedimento e proibições aos membros efetivos desta Instituição, inclusive o desempenho da “advocacia fora das atribuições institucionais”, e bem assim a moralidade administrativa, obstando que sejam configuradas situações suscetíveis de proporcionar tentativas de ingerência na atuação funcional desses servidores, por interpostas pessoas a estes ligadas contratualmente, e contrárias ao interesse da coletividade [...].<sup>315</sup>

Ao que parece, e considerando que a norma restritiva alvo da ADI tem sustentação no princípio da moralidade, vê-se por parte da AGU um tratamento discriminatório entre agentes do mesmo órgão, atraindo a pecha de ilegalidade.

Enfatiza Jorge Miranda que “O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea;”<sup>316</sup>

---

<sup>315</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.754-9**, j. 12.03.1998. DJ 06.08.1999.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347251>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>316</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 225.

(ii) Por uma particularidade do princípio da isonomia. Segundo Gilmar Mendes, há situações que colocam o princípio da isonomia em um aparentemente paradoxo, lembrando que muitas vezes:

inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (die Unterschiedlichkeit der Regelung). Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação, declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado.<sup>317</sup>

E continua o mesmo autor dizendo que “tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.”<sup>318</sup>

Nessa perspectiva que se abre sobre o assunto em pauta, e desviando o foco para um outro olhar acerca dessa faceta da isonomia, não se pode tolerar um nível de tratamento dum direito fundamental que, ao fim e ao cabo, acaba ferindo o postulado da igualdade, beirando as raias da insegurança jurídica.

No caso da advocacia liberal, como no exemplo citado, temos que não pode um órgão da Administração, em desprestígio da igualdade e da liberdade profissional, ora permitir ora proibir tal direito a seus servidores, seguindo impunemente emprestando uma convivência de regimes que, de tão contraditórios, não é crível admitir, ante a ausência de autorização expressa, encontrar assento implícito na mesma legislação.

Parece pertinente a preocupação do Prof. Gilmar Ferreira Mendes, na medida em que restrições casuísticas não se compadecem com o Estado Democrático de Direito, e que, a julgar pela lição de Luis Fernando de Calil Freitas, a igualdade na perspectiva negativa, “com o sentido de, portanto, deferir tratamento igual aos iguais em igualdade de circunstâncias, resta afrontada na medida em que intervenções

---

<sup>317</sup> MENDES, Gilmar. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**, p. 5-6. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>318</sup> Ibidem.



desvantajosas nos direitos fundamentais sejam autorizadas por leis individualmente dirigidas a pessoa ou grupos”.<sup>319</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, discorrendo sobre a função alicerçante da Constituição:

Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.<sup>320</sup>

E continua o mestre carioca, no sentido de que “[...] a ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, que não admite a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas contrastantes entre si. O direito não tolera antinomias.”<sup>321</sup>

Parece-nos não haver dúvida, portanto, do papel desempenhado pela igualdade enquanto limite aos limites permitidos à liberdade profissional.

### 3.5 PROPORCIONALIDADE

Como já estudado até aqui, o direito fundamental à liberdade profissional, em que pese relevante e de aplicação imediata, pode sofrer contenções e abrandamentos no bojo das relações sociais do trabalho, daí a importância de estudarmos o alcance dessas afetações, fazendo-o à luz do juízo de proporcionalidade e seus subcritérios para conferir racionalidade ao controle das intervenções.

Tendo em vista o caráter principiológico e analítico de nosso catálogo de direitos fundamentais<sup>322</sup>, sua centralidade no constitucionalismo e na sociedade, fato é que a amplitude dos mecanismos de sua tutela tem ensejado situações frequentes

---

<sup>319</sup>FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66.

<sup>320</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

<sup>321</sup>BARROSO, op. cit., p. 202.

<sup>322</sup>Robert Alexy registra, a propósito, que “A insegurança que existiria se nos orientássemos por nada mais que pelo teor literal das cláusulas de restrição pode ser eliminada por meio de uma jurisprudência constitucional que se oriente de forma contínua e racional pela máxima da proporcionalidade.” ALEXY, op. cit., p. 325.

de colisão e tensão entre esses direitos, crescendo assim a importância do estudo da proporcionalidade, aqui entendida como um dos limites aos limites a tais direitos<sup>323</sup>.

Segundo Ingo Sarlet<sup>324</sup>, a proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, regra geral, tem assento no art. 1º de nossa Constituição, principalmente quando veda o excesso de poder e o arbítrio, assim como no art. 5º, inciso LIV, que trata do necessário respeito ao processo legal substantivo.

Autores há que apontam outros dispositivos que respaldam a proporcionalidade no direito brasileiro, mas não vamos nos alongar nessa pesquisa aqui.

O que reputamos relevante registrar é a constatação de Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que a pesquisa por uma base jurídico-positiva da proporcionalidade é algo infrutífero, eis que “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.”<sup>325</sup>

A liberdade profissional, como desdobramento da liberdade geral de ação, há de ser entendida e tutelada em consideração às suas dimensões negativa e positiva.

Negativa porque o Estado não pode eliminar posições jurídicas nem afetar determinadas características ou situações do titular do direito, assim como também não pode criar óbices a ponto de sufocar e aniquilar esse direito fundamental, devendo abster-se de qualquer comportamento nesse sentido (direitos de defesa)<sup>326</sup>.

Positiva (ou prestacional), na medida em que o Estado tem o dever de proteção, intervindo contra excessos de forma preventiva e também repressivamente, inclusive quando se trata de violações oriundas de particulares, atuando também no controle da legitimidade das medidas restritivas (desproporção para mais), bem como no controle de eventuais omissões ou insuficiente atuação do Poder Público no

---

<sup>323</sup>“Na Constituição do Brasil, diferentemente de outros países, como é o caso da Alemanha (art. 19, II, da Lei Fundamental de 1949) e Portugal (art. 18, II e III, da Constituição de 1976), não existe [...] previsão constitucional expressa a respeito dos limites aos limites dos direitos fundamentais. A tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, todavia, ainda que nem sempre da mesma forma, acabou por recepcionar tal noção, objeto de farta análise doutrinária e expressiva [...] prática jurisdicional. Dentre tais limites dos limites, despontam, pela sua repercussão teórica e prática, a proporcionalidade (e a razoabilidade), assim como a garantia do núcleo essencial. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 413.

<sup>324</sup>Ibidem., p. 415.

<sup>325</sup>SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 798 (2002), p. 43.

<sup>326</sup>ALEXY, op. cit., p. 196

cumprimento de seu dever de proteção (desproporção para menos)<sup>327</sup>.

No caso em apreço, a métrica da proporcionalidade revelar-se-á útil não somente para as restrições relacionadas ao campo das qualificações profissionais, mas também àquelas hipóteses em que estivermos examinando a constitucionalidade de outras onerações, para aqueles que enxergam nos direitos fundamentais uma ínsita reserva imanente de ponderações.

Segundo Anderson Sant'Ana Pedra:

o princípio da proporcionalidade é axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado Democrático de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada tema legítimo de autoridade.<sup>328</sup>

A proporcionalidade, cuja qualificação jurídico-normativa é controversa na doutrina e jurisprudência, não sendo de fácil conceituação<sup>329</sup>, tem sido manejada como parâmetro de justiça e de controle racional da menor ingerência possível no direito enfocado.

Mas não é somente a qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade que é controversa, sendo também alvo de objeções o valor instrumental da ponderação de princípios enquanto procedimento para conferir racionalidade às decisões judiciais (a ponderação integra o juízo de proporcionalidade)<sup>330</sup>.

<sup>327</sup>SARLET, op. cit., p. 415

<sup>328</sup>PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 94.

<sup>329</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

<sup>330</sup>Ao pesquisar a origem da proporcionalidade, observou Lucas Catib de Laurentiis que ela nasceu no direito policial prussiano com funções exclusivamente de proteção contra excessos da Administração (em concreto, proteção em face do Estado e a favor do cidadão), não tendo qualquer relação com a promoção do equilíbrio e harmonização de valores, como veio a acontecer depois. Nesse sentido, eis um fragmento de sua obra: "Sem poder conter as possibilidades de criação, muitas vezes artificiais, de colisões entre direitos fundamentais, a proporcionalidade é transformada em um topos geral e universal. Ela é afastada de sua função original de contenção de abusos e excessos do Poder estatal e passa a condensar e concentrar todos os parâmetros e todas as funções do Direito. Proporcionalidade não quer mais dizer contenção do poder, mas sim equilíbrio e harmonização de valores. E as exigências para sua aplicação não poderiam ser mais simples. Basta afirmar que o parâmetro constitucional de proteção do direito fundamental expressa um valor, ou princípio, que não identifica todas as suas hipóteses de aplicação, para inferir que a ponderação é a única saída para que se identifique qual direito tem maior importância relativa, ou peso, em uma dada situação." LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 82.

Segundo Marco Aurélio Marrafon, ao fazer críticas à teoria procedimentalista<sup>331</sup>, “ela possui inúmeras deficiências e, devido a elas, não logra êxito em explicar satisfatoriamente o processo decisório.”<sup>332</sup>

À vista do curto espaço, não vamos nos alongar nesse assunto, o qual inclusive foi abordado por Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra já referenciada (Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional), fruto da tese de doutoramento em direito pela Universidade de Brasília<sup>333</sup>.

De qualquer sorte, é importante o contraponto de Marrafon, até para não fugir de um extremo do achismo e do decisionismo e cair no outro com desprestígio da segurança jurídica e da democracia. Preferimos, porém, a reflexão de Luís Roberto Barroso que o próprio Marrafon lembrou, no sentido de que “não se deve renunciar à demarcação de parâmetros para contenção da discricionariedade e do dever argumentativo de mostrar o acerto das opções realizadas em cada julgamento.”<sup>334</sup>, assim como entendemos válida a observação de Branco de que “o balanço de valores e interesses é incontornável nos casos difíceis”<sup>335</sup>, destacando como anteparo a “relevância da argumentação para o juízo de sopesamento.”<sup>336</sup>

Com respeito aos recortes à liberdade profissional, que é o nosso escopo, há que se ter cautela com esse aspecto, dado que a função do juízo da proporcionalidade é resolver antinomias aparentes à vista dos limites constitucionais existentes (via reservas expressas ou implícitas), fazendo-o mediante estrutura racionalmente estabelecida.

Em outros termos, se um Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma

---

<sup>331</sup>i) Eis algumas das principais críticas de Marrafon à teoria procedimentalista da ponderação de princípios: “[...] vi) a divisão da ponderação em etapas não deixa em relevo a necessária dimensão da applicatio hermenêutica [...]; viii) tenta evitar a discricionariedade, mas trabalha com fórmulas e instrumentos que não a resolve, nem a limita. [...]. Não há pesos aprioristicamente dados e incontroversos; [...] x) o problema epistemológico da ponderação leva ao déficit democrático ocasionado pela possibilidade de concessão excessiva de poder aos juízes [...]” MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos Sobre a Verdade**, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética: O Caráter Complexo do Método Jurídico na Decisão Constitucional. 2008. 262 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 162.

<sup>332</sup>MARRAFON, op. cit., p. 162.

<sup>333</sup>Ali Paulo Gustavo Gonet Branco traz nessa pesquisa o debate teórico entre vários autores estrangeiros, contra e a favor da teoria procedimentalista. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>334</sup>MARRAFON, op. cit., p. 162.

<sup>335</sup>BRANCO, op. cit., p. 140-141.

<sup>336</sup>Ibidem., p. 140-141.

norma para prestigiar um direito fundamental em colisão no caso concreto, com fundamento puro e simples do tipo “medida irrazoável”, “bem jurídico mais justo”, “mais condizente com o espírito da Constituição”, recorrendo ao velho coringa hermenêutico “dignidade da pessoa humana”, por exemplo, na verdade estaríamos diante de uma situação típica de decisionismo<sup>337</sup>, afrontando assim a separação de poderes (art. 2º, da CF).

Fazendo uma crítica ao Supremo Tribunal Federal<sup>338</sup>, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. [...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.<sup>339</sup>

Na mesma obra citada, o autor paulista continua ensinando o seguinte:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192.

<sup>338</sup>Em que pese válida a crítica de Virgílio Afonso da Silva, o Supremo Tribunal Federal vez ou outra aplica a métrica da proporcionalidade de forma estruturada e fundamentada (RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio e RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie).

<sup>339</sup>SILVA, Virgílio Afonso, op. cit., p. 31.

<sup>340</sup>Ibidem., p. 30.

Correto parece, caso a solução não venha com recurso à subsunção<sup>341</sup>, partir para os testes da adequação e da necessidade da medida onerosa (otimização fática), passando depois, se for o caso, para a análise da ponderação (otimização jurídica).

Humberto Ávila, que usa a qualificação postulado, ensina o seguinte:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.<sup>342</sup>

Aqui se vê que o autor trata dos subcritérios da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais são instrumentos importantes para o controle racional da constitucionalidade da restrição, lembrando que todos esses subcritérios guardam subsidiariedade entre si e não de ser obedecidos no caso concreto, sob pena de invalidade da norma, bastando para tanto que “os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”<sup>343</sup>

### 3.5.1 Adequação

Há um exemplo clássico de Roberto Alexy<sup>344</sup> extraído da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o assunto, que examinou se a medida aplicada para contenção ou regulação do direito de fato atingia o fim a que se destinava, enfim, se o instrumento manejado era o apropriado para fomentar o êxito

<sup>341</sup>“O juízo de ponderação não pode ser o primeiro instrumento de resolução de casos judiciais, mas deve assumir papel subsidiário, operando quando a questão não puder ser solucionada por mero procedimento de subsunção.” BRANCO, op. cit., p. 256.

<sup>342</sup>ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146.

<sup>343</sup>O professor Virgílio Afonso da Silva afirma ainda: “Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário [...] que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental.” SILVA, Virgílio Afonso, op. cit., 2002, p. 42.

<sup>344</sup>ALEXYS, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 589.

perseguido pelo Poder Público.

Trata-se de um cabeleireiro que, sem a permissão do Estado, resolveu vender cigarros em seu Salão de Beleza, fazendo-o via máquina de venda automática, despertando com isso a censura das autoridades administrativas. Alegou-se que o cabeleireiro, antes de vender cigarros com tais máquinas, deveria fazer alguns cursos profissionalizantes, sede em que seus conhecimentos técnico-comerciais seriam testados.

Ele procurou o Tribunal Superior Estadual de Saarbrücken, que entendeu inconstitucional a exigência, o qual levantou uma prejudicial de inconstitucionalidade junto ao Tribunal Constitucional alemão, que finalmente decidiu não haver razão para cobrar expertise dos comerciantes nessa área, constituindo tal exigência violação à liberdade profissional prevista no art. 12, §1º, da Constituição alemã.

Entendeu o Tribunal Constitucional que cobrar expertise dos comerciantes que quisessem trabalhar com máquinas automáticas de venda de cigarros era inadequado para evitar prejuízos econômicos e para proteger a saúde dos consumidores.

Ou seja, uma colisão entre os princípios da liberdade profissional e o da proteção do consumidor, ambos de relevo constitucional, não tinha sido bem aquilatada pelo Estado, já que lançou mão de um meio absolutamente inapropriado para prestigiar e tutelar o consumidor, gerando um agravamento inconstitucional da situação do comerciante, titular do direito fundamental à liberdade de profissão.

No RE 511.961-SP, quando em julgamento no Supremo Tribunal Federal a necessidade de os jornalistas possuírem diploma para o exercício de sua profissão, o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, foi no seguinte sentido:

No exame da proporcionalidade, o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/1969 não passa sequer no teste *da adequação (Geeignetheit)*. É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade.<sup>345</sup>

---

<sup>345</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Naquela assentada, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalistas para exercício da profissão, reconhecendo não ver situações de consideráveis riscos à coletividade quando do labor desses profissionais sem tal título de graduação. De qualquer sorte, importante destacar que não é qualquer meio inapropriado que poderá levar a pecha da inconstitucionalidade, eis que, conforme ensina Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>346</sup>:

Na experiência alemã, tem-se considerado esse requisito de modo suavizado. Limita-se a Corte Constitucional a verificar se a medida é objetivamente apta para produzir o efeito que se infere ser o almejado, ainda que não seja o melhor. A possibilidade de erro de prognóstico é levada em conta, admitindo-se como adequada a medida legislativa que se mostre ao menos parcialmente<sup>347</sup> adequada.

Suzana de Toledo Barros vai reforçar dizendo que, com relação à adequação, não se pode levar em conta o “grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.”<sup>348</sup> Essa análise deita seu foco nas possibilidades de fato em verificação pelo intérprete, guardando relação com a “máxima realização em relação às possibilidades fáticas”<sup>349</sup> (não tendo vinculação necessariamente com ponto máximo)<sup>350</sup>, encontrando limites no juízo de aptidão, apropriação e idoneidade da medida escolhida para promover o resultado pretendido.

Em outras palavras, é perfeitamente possível admitir que uma determinada restrição sobre direito fundamental passe no teste da adequação, ainda que o meio adotado não seja totalmente adequado, de vez que o exame da escolha do caminho menos lesivo ficará a cargo do subcritério da necessidade.

---

<sup>346</sup>BRANCO, op. cit., p. 172-173.

<sup>347</sup>Em se tratando de erro total de prognose, alerta Paulo Gustavo Gonet Branco que “não faz sentido que se tenha que suportar detrimento a direito fundamental quando se revelou que a prognose do legislador estava errada, mesmo que à época recolhesse consenso em seu prol”. Ibidem., p. 173.

<sup>348</sup>BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 223.

<sup>349</sup>ALEXY, op. cit., p. 588.

<sup>350</sup>Idem.



### 3.5.2 Necessidade

O meio é necessário, se conjugar duas coisas básicas: ser adequado e, a um só tempo, o menos oneroso.<sup>351</sup>

Nas palavras de Paulo Armínio Tavares Buechele:

Constatada, em um primeiro plano, a aptidão da lei restritiva para atingir o fim perseguido pelo Texto Constitucional (proteção e efetivação de um determinado direito fundamental), o passo seguinte, na tarefa de controlar a constitucionalidade da limitação normativa, é aferir se a imposição do legislador era, realmente, naquele preciso instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.<sup>352</sup>

Dizendo de outra forma, é possível que existam atos de conformação dos bens e direitos em colisão que, por se revelarem desnecessariamente onerosos ao direito fundamental atingido, sabido que há outros menos traumáticos de igual eficácia, não cabem na moldura da necessidade, sendo materialmente inconstitucionais.

Vamos a um outro exemplo trazido por Alexy sobre a liberdade profissional, mais uma vez analisando uma colisão entre a liberdade profissional e a tutela do consumidor, agora destacando o subcritério da necessidade da restrição ao direito fundamental estudado<sup>353</sup>.

Uma portaria do Ministério para a Juventude, Família e Saúde proibiu a comercialização de doces com a utilização de flocos de arroz misturado com chocolate em pó, buscando fazer com que os profissionais utilizassem matéria prima genuinamente de chocolate, a fim de não induzirem a erro os consumidores.

O Tribunal Constitucional alemão constatou que, embora a proibição fosse adequada para proteger o consumidor (o produto não seria comercializado sem as novas imposições), ela, todavia, não tinha como passar no teste da necessidade.

Decidiu o Tribunal Constitucional que bastava uma identificação no rótulo do produto, com informações claras sobre a presença ou não do chocolate puro, a fim de orientar o consumidor, sendo tal providência suficiente, menos gravosa e igualmente eficaz em cotejo com a proibição. Com essa solução, o consumidor restou

<sup>351</sup>MENDES, op. cit., p. 250.

<sup>352</sup>BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 130.

<sup>353</sup>ALEXY, op. cit., p. 590.

tutelado, como preconizava a norma declarada inconstitucional e a liberdade profissional foi enfim prestigiada.

No caso narrado, houve o chamado excesso do poder de legislar, a teor das palavras de Anderson Sant'Ana Pedra, o que atraiu a censura do Poder Judiciário alemão:

É cediço que a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), mas a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura excesso de poder de legislar. Isto se impõe haja vista que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado Democrático de Direito, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivadamente ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis.<sup>354</sup>

Em suma, toda e qualquer medida restritiva deve adequar-se ao subcritério da necessidade ou exigibilidade, optando o intérprete sempre pelo caminho que agrave menos os direitos e bens em colisão ao buscar atingir o resultado perseguido.

### 3.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Estudamos até aqui aspectos que dizem respeito ao alcance dos princípios enquanto mandamentos de otimização, fazendo-o com enfoque em suas possibilidades fáticas, lançando mão, para tanto, do exame dos dois primeiros subcritérios da proporcionalidade – adequação e necessidade das medidas interventivas.

Na proporcionalidade em sentido estrito – ou no juízo de ponderação do ponto de vista rigorosamente técnico – a análise se deslocará, em regra, para as possibilidades jurídicas, para o cotejo dos princípios em colisão, para o exame do custo-benefício do meio oneroso adotado, para a solução com base no peso atribuído aos princípios em choque, enfim, um terreno caracterizado por inevitável subjetivismo, a exigir decisões racionalmente fundamentadas e minimamente controláveis.

---

<sup>354</sup> PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 240.

Paulo Armínio Tavares Buechele sintetiza:

o aspecto chave é a ponderação, a relação “custo-benefício”, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional. Vale dizer, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos.<sup>355</sup>

De fato, a questão chave é a ponderação. Entretanto, nem toda questão jurídica tem acertamento via ponderação. Nesse sentido, pontua Paulo Gustavo Gonet Branco que “o juízo de ponderação não pode ser o primeiro instrumento de resolução de casos judiciais, mas deve assumir papel subsidiário, operando quando a questão não puder ser solucionada por mero procedimento de subsunção.”<sup>356</sup>

De igual forma, e até para prestigiar a democracia representativa, em se tratando de ponderação já previamente realizada pelo legislador constituinte, fazendo-o estampando uma regra de figurino semanticamente fechado, parece certo concluir que, no caso concreto, tal regra deve gozar de primazia sobre outro princípio opositor.

A ponderação, importante rememorar, não serve para resolver conflito de regras, que é o papel da subsunção, tendo sua utilidade voltada a solucionar choque normativo. Um conflito entre regras soluciona-se com recurso aos critérios clássicos para vencer antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico), ao passo que a tensão entre princípios concorrentes, tendo em consideração o peso a eles atribuído, será resolvida através da ponderação.

Nesse contexto e aqui no presente tópico, a análise do art. 5º, inciso XIII, da CF terá lugar em sede de ponderação, uma vez que consideramos esse preceito como expressão também de um princípio com todas as nuances estudadas<sup>357</sup>, a exigir do aplicador nessa ambiência de discricionariedade, que é própria para tais normas abertas e de baixa densidade normativa, uma cuidadosa e apurada argumentação racional.

---

<sup>355</sup>BUECHELE, op. cit., p. 132.

<sup>356</sup>BRANCO, op. cit., 256.

<sup>357</sup>“Assentado que um direito assume a forma de princípio, há de ser tido como um mandamento de otimização, o que o torna maleável às possibilidades não somente fáticas como também jurídicas. Daí resulta que poderá ter a sua abrangência normativa comprimida ou distendida conforme o peso de princípios constitucionais que se lhe contraponham parcial ou totalmente. Ibidem., p. 261.

No caso do exame de ordem, RE 603.583/RS, Relator Min. Marco Aurélio, decidiu o Supremo que a proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados compensam as restrições impostas, restou atendida. E tal se revela, a teor do voto bem fundamentado do Min. Luiz Fux, que prestigiou os testes da proporcionalidade naquela assentada, no fato de a limitação ser reduzida ante o ganho evidente da sociedade com profissionais da advocacia que demonstrarem, “à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia.”<sup>358</sup>

Sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, papel que, no julgamento citado, parece ter sido desempenhado a contento pelo STF, José Rodrigo Rodriguez, ao pesquisar como têm decidido nossos tribunais, parte do pressuposto de que uma adequada argumentação racional implica observar “cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para a justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais.”<sup>359</sup>

O autor enxerga uma babel hermenêutica ou uma ausência de um padrão razoavelmente sistemático em termos argumentativos no nosso Poder Judiciário. Segundo Rodriguez, a nossa justiça é opinativa, julgando os casos por agregação de opiniões pessoais, sem apresentar uma fundamentação racional e sistemática. Nesse sentido vai afirmar que a racionalidade jurisdicional no Brasil está caracterizada pela “utilização de argumentos de autoridade em casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis.”<sup>360</sup>

Rodriguez ainda sustenta que, em suas pesquisas, chegou à conclusão de que os juízes muitas vezes escoram suas decisões no arbítrio, na força simbólica do cargo e raramente manejam recursos argumentativos racionais com justificativas claras sobre o porquê das escolhas realizadas.

---

<sup>358</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603.583**. Rel. Min. Marco Aurélio, j.26.10.2011. DJ 25.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>359</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes**. Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/364804/comodecidemascortes.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>360</sup> RODRIGUEZ, op. cit., p. 51.

No caso da liberdade profissional, ainda que se conclua, em nome de outros princípios e valores de mesma envergadura constitucional, por outras restrições além das qualificações a serem estabelecidas em lei, como textualmente impõe o preceito enfocado (XIII), tal deve ser implementado com absoluto cuidado, devendo o julgador ter em vista a necessidade de basear suas decisões não em argumento de autoridade ou de autarquia<sup>361</sup> (juízos sem padrão de racionalidade), mas em decisões racionalmente justificadas.

---

<sup>361</sup>Ibidem., p. 158.

## CONCLUSÕES

A tutela da liberdade profissional sempre mereceu guarida no constitucionalismo pátrio, o que, independentemente de esse direito figurar no catálogo dos direitos fundamentais constante do art. 5º, da atual Constituição Federal, já é um indicativo claro de sua relevância para a nossa sociedade.

A norma decorrente do inciso XIII do dispositivo citado traz um modelo de reserva qualificada, a qual, segundo lição básica de direito constitucional, prevê não só o instrumento legislativo pelo qual as restrições serão impostas (a Lei), definindo também o conteúdo da afetação autorizada (qualificações profissionais, que compreendem os requisitos técnico-científicos necessários ao exercício da profissão, matéria de competência da União).

O presente trabalho constatou, porém, que essa moldura do direito protegido não está fechada a outras afetações, eis que, como examinamos, tal dispositivo ostenta, ao que parece, natureza dúplice (regra e princípio ao mesmo tempo), atraindo, com isso, não somente a subsunção dos fatos às regras, colocando subsidiariamente em cena também, por conta do princípio nele encartado, toda a problemática da tormentosa convivência entre princípios.

E à míngua de uma fundada explicação para a maioria da doutrina e jurisprudência não seguir fielmente ao figurino aludido, eis que o faz assistematicamente (não se sabe se as onerações estão confinadas, ou não, a qualificações profissionais), temos que a posição mais consentânea com o regime jurídico dos direitos fundamentais, sobretudo com a *ratio essendi* do enunciado legislativo, que não tem palavras inúteis e de alguma forma deve ser prestigiado, seria admitir que todo e qualquer disciplinamento do assunto “qualificações profissionais” só poderá ser realizado privativamente por lei editada pela União (art. 22, XVI, da CF), sob pena de inconstitucionalidade formal, permanecendo, entretanto, a possibilidade de a União impor igualmente outros agravos à liberdade de trabalho, caso estes se deem em nome da convivência entre valores constitucionais, como se vê na jurisprudência e na Administração Pública. Com base nesta última hipótese, e somente a este título (tutela dos valores constitucionais), nada impede que os estados, Distrito Federal e municípios tratem da matéria para disciplinar o regime jurídico de seus respectivos agentes públicos, cada qual dentro de sua competência.

Nesse sentido, a liberdade profissional, em respeito à convivência com os demais direitos fundamentais e, nessa perspectiva, como alvo de uma necessária otimização,<sup>362</sup> pode eventualmente sofrer outros decotes em seu âmbito de proteção, ainda que inexista expressa autorização constitucional para tanto.

É preciso fazer, portanto, uma releitura do inciso XIII, no sentido de que, vencido o mero silogismo jurídico e ultrapassado sem resposta satisfatória o cotejo da subsunção dos fatos à regra fria constante do dispositivo trabalhado, a solução desejada nesses casos objeto de interpretação e aplicação dar-se-á mediante recurso à teoria dos princípios e seus mecanismos de otimização de colisões, sem olvidar a necessidade de fundamentação ou justificação do percurso argumentativo trilhado, conferindo racionalidade ao controle das intervenções.

Vimos que o regime das restrições aos direitos fundamentais aqui no país segue, em geral, pautado pelas restrições baseadas em reservas legais simples e qualificada (reservas expressas) e também pelas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (reservas implícitas), a exemplo das Relações Especiais de Sujeição.

As relações especiais de sujeição, doutrina com histórico de desprezo aos direitos fundamentais dos agentes públicos no século XIX, depois de remodelada na própria Alemanha, onde teve sua origem e desenvolvimento, atualmente funciona em absoluto compasso com o Estado de Direito, inclusive gozando, em alguma medida, do prestígio da doutrina e jurisprudência pátrias.

A referida doutrina constitui uma janela importante para interferências nos direitos fundamentais de algumas categorias com regime especial de vinculação ao Poder Público, como militares, advogados públicos, juízes etc., os quais, em algumas situações, têm diminuída ou relativizada a intangibilidade de seus direitos fundamentais positivados sem reservas e até mesmo daqueles com reservas expressas na Constituição, como no caso da liberdade profissional.

No contexto do serviço público, essa janela deve ser acessada com muita cautela e redobrada atenção ao princípio da proporcionalidade e da menor ingerência possível, eis que esse espaço de relativa autonomia normativa conferido ao legislador e à Administração para regular sua organização e funcionamento não pode significar

---

<sup>362</sup>“O caráter de princípio de uma norma não é consequência necessária da sua consistência vaga; a norma configura um princípio, porque exige uma tarefa de otimização.” Ibidem., p.169.

necessariamente o total aniquilamento dos direitos fundamentais de seus agentes, assim como também o conceito indeterminado “interesse público” não deve ser manejado para aprioristicamente fundamentar restrições sem que se sopesem os direitos em conflito.

Também não é dado à Administração Pública, ainda que no contexto da discricionariedade, atuar sem base legislativa, ainda que mínima, não sendo possível cogitar de quaisquer avanços sobre os direitos fundamentais, os quais, à vista de sua natureza de garantia e centralidade no constitucionalismo, influenciam e vinculam juridicamente todo o agir do Estado.

O estudo das bases e do alcance dos direitos fundamentais, considerando a sua estratégica importância para o nosso constitucionalismo, parece estar sempre aberto a vivenciar e experimentar recomeços e reconstruções (o que não é ruim para a ciência do direito, muito pelo contrário), tanto mais em se tratando das relações travadas entre a Administração e seus agentes, sede em que o processo silogístico entre os fatos e as leis praticadas no âmbito das repartições públicas acaba deixando muitas lacunas e interrogações.

Essas interrogações muitas vezes decorrem do fato de o servidor, que não é mais apenas uma peça na engrenagem estatal, agora resistir em conviver com os resquícios da vetusta teoria do órgão e do instituto das relações especiais de sujeição como concebido na origem, tempo em que era tratado como se não existisse em sua dignidade e direitos, como se não fosse equiparado, guardadas as devidas proporções, a qualquer outro cidadão que exerce um trabalho subordinado.

Ao tratar sobre renúncia à liberdade profissional pelos agentes públicos, espécie de autorrestrição, pudemos perceber que as injunções estatais sobre essa garantia fundamental não mais podem explicar-se única e exclusivamente com recurso às doutrinas citadas (teoria do órgão e relações especiais de sujeição), assim como também não mais se revela suficiente afirmar que os agentes – como seres funcionalizados e autômatos – renunciam mecanicamente a parcelas desse direito fundamental, só pela assunção do cargo.

As restrições heterônomas – nas quais a Administração impõe onerações em nome de conceitos jurídicos indeterminados a seus agentes, inclusive em favor destes – até podem justificar-se e encontrar assento constitucional. Entretanto, não se pode esquecer que, do outro lado, como contraparte da relação, está o agente público, cujos influxos do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa



humana e dos direitos de personalidade, estão a lhe autorizar e permitir – respeitado o conteúdo essencial, os direitos de terceiros e do Estado – o poder de renunciar ou dispor, em alguma medida, de seus direitos.

Abordou-se também o valor instrumental do princípio da igualdade como limite aos limites da liberdade profissional, em ordem a admitir o *discrímen* ou igualação entre agentes públicos, desde que de acordo com um propósito constitucionalmente tutelado.

Concluiu-se, portanto, pela proibição de emprestar-se, via normas concretas, gerais e abstratas, regime jurídico distinto ou isonômico a servidores da mesma carreira (cotejo interno) ou de diferentes carreiras no serviço público (cotejo externo), sem que esse tratamento se funde em razão objetivamente evidente e sem que encontre, no plano da realidade, justificação racional para tanto.

Nesse sentido, ao lado da igualdade, o juízo da proporcionalidade e seus subcritérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) transparecem como instrumentos racionais, estruturados e intersubjetivamente rastreáveis quando em foco referida tensão entre princípios, constituindo – assim entendemos – a melhor métrica para solver a extensão ou alcance constitucional das restrições impostas ao aludido direito fundamental.

De tudo quanto exposto, temos em síntese o seguinte:

1 – O art. 5º, XIII, da CF contempla um direito fundamental sob reserva legal qualificada com implicações dogmáticas importantes: primeiro aponta o conteúdo sobre o qual atuará o legislador (qualificações profissionais) e depois o instrumento que este último utilizará para o manejo desse direito (a lei).

2 – A contenção da liberdade profissional via de regra limitar-se-á ao campo das qualificações profissionais, estas entendidas como qualificação técnica ou requisitos técnico-científicos necessários ao exercício da profissão, devendo também fidelidade à lei em sentido formal e material.

3 – Essa contenção relacionada a esse campo deve ser realizada com base no art. 5º, XIII, c/c o art. 22, XVI (que trata da competência da União para legislar sobre condições de trabalho) e também com fundamento no art. 48 (que reserva ao Congresso Nacional esse papel), todos da Constituição Federal.

4 – Sendo a liberdade profissional a regra, nem todo trabalho, ofício ou profissão podem sofrer em seu exercício interferência do legislador e da Administração.

5 – Nem tudo configura restrição. Ou seja, para solver o problema do que pode ou não ser alvo de restrição, temos antes que distinguir o que é restrição do que é conformação ou mera disciplina do regime jurídico dos agentes públicos, não podendo ter livre trânsito eventuais questionamentos de inconstitucionalidade em torno de medidas que até tratam das funções desempenhadas no âmbito da Administração Pública, mas que, ao fim e ao cabo, não impõem condições ao exercício profissional, não interferem, dificultam e eliminam o conteúdo do bem protegido em apreço, muito menos atingem em cheio o seu exercício e garantias fundamentais.

6 – De igual forma, agora numa ótica de proteção ao servidor, também não se há de recorrer a limites e restrições a pretexto de artificiais colisões entre direitos fundamentais, daí a necessidade de prestigiar-se a reserva qualificada ali prevista, emprestando à ponderação caráter subsidiário e excepcional.

7 – Mesmo nas profissões que comportem restrições em seu exercício, a Constituição não permite amplo recorte em seu âmbito de proteção.

8 – As qualificações profissionais, a teor do que concluiu este trabalho, não são, contudo, o único fundamento para impor restrições ao direito fundamental estudado, sob pena de restarem sem explicação algumas situações em que o agente público se vê cerceado em seu direito, a exemplo da proibição de um servidor candidato a cargo eletivo que também é jornalista de continuar fazendo seu programa diário em uma rádio, ainda que em período eleitoral, assim como o caso de uma enfermeira que se vê diante da proibição de acumular dois cargos que somem 80 horas semanais de trabalho na área da saúde, isso sem falar que ficaria a descoberto a competência dos entes subnacionais para regular a vida funcional de seus servidores.

9 – Se somente à União cabe legislar sobre qualificações profissionais ou condições necessárias ao exercício profissional dos trabalhadores, os estados, Distrito Federal e municípios não podem inovar nesse quesito quando do tratamento do regime jurídico de seus servidores (competência autorizada por simetria nas alíneas a e c do art. 61, § 1º, II, da Carta Maior), podendo, contudo, impor outras barreiras desde que escorados em outros valores constitucionais, a exemplo dos princípios explícitos da Administração Pública como os da eficiência e moralidade.

10 – Faz-se necessária uma releitura do inciso XIII para enxergar ali uma norma que pode apresentar regra e princípio ao mesmo tempo, a depender do caso concreto e do objeto sobre o qual recai a interpretação. Trata-se de uma norma de natureza dúplice. Enquanto regra, o enunciado legislativo traz alguns parâmetros de proteção

(pressupostos fáticos e jurídicos), algo que se permite enxergar por simples raciocínio silogístico a partir de sua ínsita estrutura dogmática. Enquanto princípio com sua dimensão aberta a otimização a partir do peso e importância, quando o direito agasalhado no texto entra em rota de colisão com outro princípio, liberdade pública ou valor constitucional igualmente válidos, exigindo do intérprete uma necessária ponderação.

11 – Nessa perspectiva, estudamos as relações especiais de sujeição, a renúncia ou autorrestrição espacial e temporária do exercício de direitos no âmbito da Administração, as restrições heterônomas, a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, todos como base para agravos ao direito fundamental pesquisado, situações que, enfim, podem servir de fundamento para explicar e/ou legitimar as necessárias qualificações profissionais exigidas pelo legislador, funcionando esses institutos também como abertura para outras restrições à liberdade profissional dos agentes públicos.

12 – Como contributo a uma adequada aferição da juridicidade dos limites e restrições ao direito fundamental trabalhado, temos como listar a (a) necessidade da obediência do art. 5º, XIII, c/c os arts. 22, XVI, e 48, todos da Constituição Federal; (b) não perder de vista a preocupação com a excepcionalidade das afetações; (c) a vedação à violação do núcleo essencial do direito e, por fim, a observância da (d) igualdade e da (e) proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, João José. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, princípios jurídicos e razón práctica**. Disponível em: <<http://biblioteca.Org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. **Perquirições sobre a constitucionalidade do registro em órgão estatal como requisito para o exercício da atividade artística**: uma análise à luz dos direitos de liberdade. 2012. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública**: contribuição ao tema da participação em direito administrativo. 1998. 462 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

\_\_\_\_\_. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAETA, Luís Henrique. Consensualismo e tutela de direitos: críticas ao modelo estatutário do direito da função pública. **Revista do Caap**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1 (2008). Disponível em: <<https://revistadoacaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/10>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BAHIA, Saulo José Casali. A igualdade como direito fundamental. In: CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos (Org.). **Direitos Humanos Fundamentais**. Estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95-103.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, José D'Assunção. Sobre a noção de Paradigma e seu uso nas ciências humanas. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 11, n. 98, p. 426-444, maio 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia Campos Velho de. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. **Blog Os Constitucionalistas**, web, 01 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidade\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf)>. Acesso 02 abr.2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. et al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde. Resolução 466/12**. Diário Oficial da União, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de Julho de 1934). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 18 jun.2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.081, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4081.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4081.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº1**, de 24 de janeiro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 8.713, de 30 de setembro de 1993. Estabelece normas para as eleições de 3 de outubro de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8713.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 73**, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp73.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.602, de 12 de dezembro de 2002. Dispõe sobre o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10602.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.215, de 27 de Abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 abr. 1963. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 abr. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8027.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8027.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 abr. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 fev. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9962.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2018.



\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 1.587-4, de 11 de dezembro de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/1996-2000/1587-4.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1996-2000/1587-4.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/98**. Publicado no Diário Oficial da União em 01 de abril de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/DOU/1998/04/01>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem Nº 10, de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-010.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem Nº 11, de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-011.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-011.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AGRHC 2013.0305973-4**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 27.06.2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303059734&processo=2013%2F0305973-4+ou+201303059734&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303059734&processo=2013%2F0305973-4+ou+201303059734&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 6.808**, Relator Min. Felix Fischer. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. J. 24.05.2000. DJ 19.06.2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=6808&processo=6808&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RE 503918/MT**, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgamento em 24/06/2003, DJ de 08/09/2003. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=503918&processo=503918&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=503918&processo=503918&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 2004.0179060-8**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 04.02.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=200401790608&processo=>

2004%2F0179060-8+ou+200401790608&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2.>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 653744/RS**. 2ª Turma. Rel. Min. FRANCIULLI NETO, DJ 09/05/2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=+653744&processo=+653744&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=+653744&processo=+653744&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 11587/SC**. Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03.11.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=11587&processo=11587&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 603.583**. Rel. Min. Marco Aurélio, j.26.10.2011. DJ 25.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.062-MC**. Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 25/05/1994, Plenário, Dj de 01/07/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346800>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.165**. Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 14-6-2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266679>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.895**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2-8-2007, P, DJ de 6-9-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485448>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.134-4**. Rel. Min. Ellen Gracie, J. 02/08/2008. DJE 07/03/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.867**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 3-12-2003, P, DJ de 9-2-2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=404096>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.873**. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20-9-2007, P, DJ de 9-11-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493826>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 243**. Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, DJ de 29-11-2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266266>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.330**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, Plenário, DJE de 22-3-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4501**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3998744>>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 774**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26-2-1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266529>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.754-9**, j. 12.03.1998. DJ 06.08.1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347251>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.723**. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.04.1998. DJ 19.12.2001. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347235](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347235)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 758.227 AgR**. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29-10-2013, 2ª T, DJE de 4-11-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4798713>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.814**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994. DJ 24.06.1994. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>.  
Acesso: em 16 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 95.595**. Rel. Min. Eros Grau, j. 4-5-2010, 2ª T, DJE de 21-5-2010. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611527>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 58**. Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, j. 14-12-1990, P, DJ de 19-4-1991. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.733**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-2-1994, P, DJ de 8-4-1994. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85601>>. 16 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 120.305**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 8-9-1994, 2ª T, DJ de 9-6-1995. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207343>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 199.088**. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/10/1996. DJ 16/04/1999. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236491>>.  
Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**, Acórdão, Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10.10.2011.  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>.  
Acesso em: 06 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009. Plenário, DJE de 13-11-2009. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 528.684**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3-9-2013, 2ª T, DJE de 26-11-2013. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4927133>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 70.563/SP**. Rel. Min. Thompson Flores, j. 18/03/1971. Pub. 22/04/1971. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166448>>.  
Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário nº 59.104**, Acórdão, Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 3.11.1981. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000024152&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 abr.2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Rep. nº 1054**. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 04.04.1984. DJ 29.06.1984. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263829>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Rep. nº 930-DF**. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJU, 2, set. 1977. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707>>.  
Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **AI 2002.01.00.038137-5/GO**, TRF1ª Região, 6ª T., Des. Fed. Maria Isabel Galotti Rodrigues, DJ de 28.04.2003. Disponível em:  
<<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>>. Acesso em: 16 jun. 2018.4

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUNGE, Mário. **La investigación científica**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A, 1989.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. A natureza contratual do vínculo entre o servidor público e o Estado. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 713, 18

jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6859>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CLIPPING semanal. **Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id\\_conteudo/143539](http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id_conteudo/143539)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

CONCURSO 2015. **Advocacia-Geral da União**, 14/07/2015. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/339774](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/339774)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**, São Paulo: RT, 2011.

FREITAS. Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURTADO, Celso. **Seca e Poder**: entrevista com Celso Furtado. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1998. Disponível em: <[http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/seca\\_e\\_poder.pdf](http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/seca_e_poder.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito Fundamental ao Trabalho**. Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2012.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

MALLET, Estevão. **Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos Sobre a Verdade**, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética: O Caráter Complexo do Método Jurídico na Decisão Constitucional. 2008. 262 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Condutas Antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. Leitura Jurídico-Dogmática de uma Complexa Relação a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**. Disponível em:  
<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>>  
Acesso em: 16 jun. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 225.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito Público**. Lisboa: Coimbra Editora, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública: da insuficiência da teoria estatutária no Estado Democrático de Direito**, 2003. 304 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 314-315.



\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Paulo Henrique; ANJOS FILHO, Roberio Nunes dos. Bioética e Pesquisas em Seres Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 1187- 1227, jan./dez. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Recurso nº 0302/2003/PCA-SP**. Relator: Conselheiro Edson Ulisses de Melo, julgamento: 13.10.2003, DJ 22.10.2003. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/2018?title=0302-2003-pca&search=incompativel.>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes**. Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/364804/comodecidemascortes.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. A Ciência do Direito e Thomas Kuhn. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, n. 11, p. 282-302, jul-dez/2017.

\_\_\_\_\_. **A Liberdade Profissional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: CBJE, 2013.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre Limites e Restrições aos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Revista da AGU**. Brasília, n. 35, p. 126-142, janeiro-março de 2013.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição**: O caso dos Agentes Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Israel Nunes. **Os servidores públicos na Constituição**. Aspectos Doutrinários, Legislativos e Jurisprudenciais. São Paulo: Editora Nelpa, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade da Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 798 (2002): 23-50.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: Uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

TÁCITO, Caio. Servidor Público: atividade privada: proibição. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial**: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WIMMER, Miriam. As Relações Especiais de Sujeição Especial na Administração Pública. **Revista Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 18, p. 31-53, out-nov-dez/2007.